

CONTUMACIA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

Análisis de su conveniencia y viabilidad en la Provincia de Buenos Aires

Juan Pablo Piombo

Fernando Manuel Siquier Rodríguez

Juan Pablo Tahtagian

Trabajo final de la asignatura

Derecho Procesal Penal

a cargo de la Prof. Susana Marchiano

Curso realizado en el Colegio de Abogados de Morón

Opiniones de los autores: Piombo, Siquier Rodríguez y Tahtagian respecto de la viabilidad de aplicación del Procedimiento Penal Contumacial en la Provincia de Buenos Aires.

Doctrina.

En cuanto al "Proceso contumacial", si bien fueron varios autores procesalistas los que se refirieron a su posible aplicación en nuestro ordenamiento legal, no fueron muchos los que se refirieron específicamente a su cuestión de fondo, toda vez que resulta ser mayoritaria y casi indiscutible la doctrina nacional en cuanto a que no podría aplicarse este procedimiento en ausencia del imputado, toda vez que vulneraría las Garantías Constitucionales.

En adelante, haremos una breve reseña de los distintos sistemas procesales y la relación de las medidas de coerción con el procedimiento contumacial.

1) Sistemas procesales y libertad del imputado.

La libertad del imputado durante el proceso es el principio que rige en general, a todas las legislaciones de forma, sin embargo ésta máxima, choca básicamente en todas aquéllas en que se exija la presencia del justiciable durante los actos a desarrollarse. En efecto, es esta necesidad en la que se fundan todas las medidas de coerción existentes a la fecha.

Al verse frustrados los fines del proceso en caso de producirse la ausencia del imputado, se imponen severas restricciones a la libertad de aquél con objeto de garantizar el perfeccionamiento del mismo.

A lo largo de la historia se han llevado a la práctica tres sistemas procesales principales, que fueron denominados acusatorio, inquisitivo y mixto.

A continuación veremos cuáles son las notas típicas de cada uno de ellos y como ellas influyen en la libertad del causante durante la sustanciación del proceso, derecho que a todas luces se ve perjudicado por la exigencia mencionada de requerirse su presencia durante los actos procesales.

Sistema acusatorio.

En este sistema, la jurisdicción reside en tribunales populares. Estos hacen las veces de árbitro entre las partes -acusador y acusado- quienes tienen a su cargo demostrar las pretensiones que sustentan en el debate con objeto de demostrar uno la existencia de elementos incriminantes y otro la falta de estos o de circunstancias eximentes y/o justificantes.

La acción penal en los delitos públicos pertenece a cualquier ciudadano del pueblo mientras en los delitos privados corresponde al damnificado, de esta forma éstos se convierten en los acusadores, a tal punto que el proceso no existe si no hay una instancia de parte, resultando facultativo para aquél instar la acción.

El acusado es un sujeto que se encuentra en paridad jurídica con el acusador, es un sujeto de derecho y no un objeto. Su situación no varía hasta la condena. Permanece en libertad durante la tramitación del proceso por ser esta la regla, resultando las medidas de coerción, excepcionales.

La presencia del imputado resulta esencial a los fines del desarrollo del procedimiento, a punto tal que se constituye en justificativo de la aplicación de medidas cautelares que restrinjan la libertad de aquél con motivo de evitar su desaparición y la consecuente frustración de la finalidad del proceso, cual es alcanzar una sentencia ya sea condenatoria o absolutoria.

El juzgador carece de facultades autónomas para investigar la verdad, siendo las partes quienes deben introducir las pruebas en que habrán de sustentar sus argumentaciones, razón por la que aquél se encuentra limitado a lo actuado por éstas.

El desarrollo del proceso se da en debate público, oral, continuo y contradictorio, utilizando los magistrados el sistema de la íntima convicción, por lo que no se encuentran atados a un determinado valor de las constancias probatorias.

Sistema inquisitivo.

La jurisdicción pertenece al Rey, quien la delegaba en magistrados permanentes y la reasumía por vía de apelación. La acción penal y la jurisdicción se confunden pues se encuentran en una misma mano.

El acusado es un objeto de persecución. La prisión preventiva y la incomunicación son la regla. En este sistema, nuevamente se verifica la necesaria presencia del imputado a los fines del desarrollo del procedimiento, resultando causa suficiente para fundar medidas cautelares que restrinjan la libertad de aquél con motivo de evitar su desaparición.

El procedimiento se traduce en una investigación secreta, escrita y discontinua, de acuerdo a cómo vayan apareciendo los rastros que se hacen constar en las actas.

Impera el sistema de la prueba legal o tasada. La valoración de la prueba no pertenece ya a la convicción del Juez sino de la ley, es decir que determinadas pruebas acreditan o desacreditan tal hecho.

Como el poder se delega en funcionarios jerárquicos, las resoluciones de éstos pueden ser revisadas en una instancia superior como devolución al que delega el poder.

Sistema mixto.

La jurisdicción es ejercida en la primera etapa por un Juez técnico y la segunda, que corresponde al juicio propiamente dicho por un tribunal colegiado, popular o técnico.

La acción penal está a cargo de un órgano del Estado.

El imputado goza del estado jurídico de inocencia correspondiendo al Ministerio Público Fiscal comprobar la culpabilidad de aquél. La libertad del encartado durante el proceso es la regla, por lo que la privación de ésta es excepcional. El juez actúa como árbitro y durante la primera etapa sólo puede incorporarse la prueba que resulte útil y pertinente.

Como buena síntesis de los sistemas estudiados, la presencia del imputado sigue siendo fundamental a la hora de la prosecución del proceso, constituyendo aún motivo del dictado de medidas cautelares.

En el procedimiento preliminar se recogen las pruebas en que habrá de fundarse la acusación, las que luego son examinadas por el Tribunal que será que acepte o rechace el paso de la instrucción a su etapa subsiguiente.

El hecho contenido en la acusación constituye el objeto de debate, motivo por el cual el debate se encuentra limitado al evento achacado en la acusación.

La valoración de la prueba se realiza mediante los sistemas de íntima convicción – jurado o tribunal popular- o sana crítica –tribunal técnico-.

Se encuentran previstos recursos de casación y revisión.

Medidas de coerción y ausencia del imputado.

Como se advierte, el fundamento principal del dictado de medidas de coerción durante la tramitación del proceso deviene la existencia de condiciones que harían presumir que el imputado habrá de evadirse de la acción de la justicia, frustrando con su conducta los fines del proceso.

Más allá del principio de inocencia, que en general nadie recuerda o reconoce en la práctica, la realidad es que la mayor parte de los “imputados” termina privado de su libertad, sólo por parecer responsable sin aún haber sido declarado tal.

Esta circunstancia, a todas luces injusta podría verse corregida, en caso de reconocerse la procedibilidad del juicio en ausencia del imputado, toda vez que de este modo desaparecería una de las causas fundamentales a la hora de justificar la imposición de una medida de coerción personal, esto es el peligro de fuga y la consecuente frustración del juicio.

Ello así toda vez que al no requerirse la presencia del imputado, el proceso puede avanzar en ausencia del mismo –siempre que aquélla sea voluntaria- hasta su finalización natural, instancia en la que con una resolución definitiva en mano, pueda irse detrás ya de un autor decretado, a quien se puede castigar/corregir.

De lo expuesto se sigue que el instituto en estudio –juicio en ausencia- podría ser ventajoso a los fines de evitar encierros preventivos de sujetos cuya inocencia legalmente se presume, con fundamentos muchas veces deducidos arbitrariamente.

Ahora bien, en adelante señalaremos algunas opiniones de distintos juristas destacados, los que a nuestro criterio resultaron dignos de subrayar y de analizar, toda vez que para ahondar nuestros conocimientos en el tema en cuestión, resulta vital comprender algunas opiniones de la doctrina nacional.

2. Juicio penal en contumacia: ¹

Este autor sostiene que existe un razonamiento de la doctrina que actualmente se halla en vigencia en nuestro universo normativo nacional –específicamente en la Constitución Nacional Argentina- que sustenta el precepto único de prohibición de la condena en ausencia del imputado en todo proceso penal o mejor dicho, de la prosecución de la etapa de juicio ante la incomparecencia del incoado al debate respectivo.

Como ejemplo de ello, destaca: “el fallo condenatorio sólo puede fundamentarse en los actos del debate donde el imputado haya tenido efectiva intervención”².

Otro ejemplo de esta doctrina legal, lo aporta Binder, quien argumenta que la C.N. prohíbe el llamado Juicio en Ausencia, es decir, un juicio en el que el acusado no se halle presente³.

Según Binder, todo ello se desprende de las máximas mandas de nuestra C.N., contenidas más precisamente del texto del Art. 18, sosteniendo por lo tanto que la prohibición del juicio contumacial se encuentra comprendida en forma implícita en el principio esencial de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

¹ Arocena, Gustavo A., “Juicio Penal en Contumacia” *Seminario Jurídico, Tomo 80 1999* p. 351-355.

² Clariá Olmedo, Jorge A.; “Derecho Procesal Penal”, II, Lerner, Córdoba, 1984.

³ Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1993.

Ahora bien, Arocena, criticó arduamente el razonamiento de Binder en relación a que la prohibición del juicio contumacial surge del artículo antes referido, toda vez que según este autor, podrán ser otros los argumentos que apuntalen la vigencia del principio de la proscripción del juicio contumacial contenidos en lo más alto del sistema jurídico argentino, agregando que si fuera ajustado el razonamiento de Binder, devendrá norma inconstitucional el art. 124 del C.P.P. de la Provincia de Córdoba, que establece: “en las causas por delitos reprimidos solo con multa o inhabilitación, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un mandatario con poder especial, que podrá ser otorgado apud acta...”, artículo que como vemos, permite y admite la posibilidad de un juicio penal que prescinde de la irrenunciable intervención necesaria del imputado.

También en cuanto a la doctrina vigente, y en relación al desarrollo de este tema que nos compete, Alfredo Vélez Mariconde⁴, en su Tratado de Derecho Procesal Penal, ha vinculado la intervención necesaria del imputado en el juicio criminal con el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Por otro lado, y como novedoso, el jurista cordobés en el Tratado aludido, expresa, que está entre los poderes jurídicos que la ley le acuerda o concede al imputado, el de “asistir al juicio”. Es decir, se caracteriza a la intervención del imputado en el debate como un poder que le acuerda la ley.

En cuanto al último concepto señalado, Arocena manifiesta que en términos más sencillos: el reconocer carácter de poder, de potestad o de derecho, a la intervención personal del imputado en el debate o en el juicio, se traduce en la posibilidad del mismo de ejercer ese derecho, o de no hacerlo.

Arocena argumenta que si la prohibición de juicio contumacial no es un derecho implícito en el Art. 18 de la C.N., ni un poder o facultad reconocido al imputado, ésta prohibición (juicio contumacial) es **una garantía** (indisponible e irrenunciable) que se establece a favor **del imputado**.

Garantía que deriva de la máxima fundamental del **debido proceso penal previo** – nulla poena sine processu-.

Siguiendo este razonamiento, es dable destacar la cita de Maier⁵, quien dijo: “la razón de ser de la prohibición es clara: el procedimiento penal no se satisface, como el civil, por la importancia de las consecuencias que de él se derivan, con sólo conceder una posibilidad cierta de defenderse, sin controlar de hecho que quien se defiende pueda, realmente, ejercer ésa defensa; al contrario necesita verificar de cuerpo presente, que el imputado sea idóneo para intervenir en el procedimiento (capacidad) y esté en condiciones para ejercer las facultades que, al efecto, la concede la ley procesal penal. De la misma manera se debe apreciar la necesidad de la defensa técnica en el proceso”.

⁴ Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Tomo II p. 364 y subs.

⁵ Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos, Ed. Argentina, Bs.As. 2002.

En efecto, Arocena destaca que en delitos con penas de multa o inhabilitación, las que afectan derechos o bienes jurídicos de las personas de menor jerarquía a la libertad ambulatoria, sería aceptable que la presencia del imputado sea facultativa.

Esta postura se opone a la fundada por Fabián Balcarce, quien en su tesis propone la defensa material del imputado y con ello la intervención del propio imputado en el juicio, como meramente facultativa, en tanto requisito necesario para no tornar anodina la garantía del juicio previo, haciendo que la necesaria intervención del imputado convierta “lo que debería ser un debido proceso en un proceso debido del Estado”, toda vez que “apersonarse en el proceso para evitar una pena injusta le importaría al imputado ser partícipe en la violación de su presunción de inocencia (a través de las medidas de coerción personal)...”

3. Juicio penal en rebeldía:⁶

Noción:

Jiménez Asenjo caracteriza el presupuesto del instituto: “*rebeldía, es, pues, la situación incierta del reo (procesado o asimilado, acusado...) que no comparece o no es habido ni presentado, ante el juez o tribunal de la causa, en el término y lugar fijado para ello, o quebrante su situación de detenido, o no cumpla la cautela comprometida de comparecer ante el juez. La rebeldía será formal procesal cuando esté judicialmente declarada*” (Revista de Derecho Procesal Iberoamericana año 1980).

Vélez Mariconde planteó un importante interrogante que al día de la fecha no encuentra una respuesta acabada: ¿Cómo saber, en efecto, con la certeza necesaria, que el acusado es culpable si no se ha defendido?

Este importante jurista procesalista en su obra “Derecho Procesal Penal”, se refiere a la *Intervención Necesaria del Imputado* en el proceso penal, toda vez que resulta ser el sujeto esencial de la relación procesal; el carácter público de ésta y el principio de inviolabilidad de la defensa exigen que su intervención sea tan imprescindible como para superar su propia voluntad. Aún en contra de ella, la intervención del imputado es indispensable porque la justicia no puede discernir sin su presencia.

Esta necesidad de que el imputado este jurídicamente presente en el proceso, es lo primero que justifica los medios coercitivos, puesto que su fuga hace imposible la actuación de la ley penal.

Aclara que se halla sustentado este principio en la propia C.N., toda vez que resulta ser un medio de defensa asegurado expresamente, porque antes de proseguir la causa es necesario oír al imputado y darle la oportunidad para que se defienda.

⁶ D'Albora, Francisco, “Juicio Penal en Rebeldía”, *La Ley 1993-E*, p. 924 a 929.

Concluyó diciendo que no puede ser otro el criterio a seguir en el orden nacional, por directa aplicación del precepto constitucional, sobre la inviolabilidad de la defensa (Art. 18), aún cuando por la naturaleza del delito atribuido no corresponda prisión preventiva.

En la República Argentina, el hecho que no haya proceso contumacial penal, responde, según gran parte de la doctrina, a una interpretación cabal de la garantía que asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio (Art. 18 de la C.N.). Criterio que según la C.S.J.N., protege aún a quienes son reclamados por vía de extradición pasiva cuando el proceso no pueda reabrirse –en el estado requirente- luego de la condena en rebeldía.

Conclusiones:

- 1) La inatendibilidad de las peticiones del rebelde no es absoluta pues puede preservar su libertad a través de la eximición de prisión y cabe conferirle intervención por medio del defensor oficial para controlar actos probatorios irreproducibles.
- 2) Cuando dicha condición se adquiere luego de la discusión final no media inconveniente en dictar sentencia “como si el imputado estuviera presente”.
- 3) La condición de *latitante*, prófugo o rebelde obtura el desarrollo de un debate válido en homenaje al principio asegurador de la defensa incorporado al artículo 18 de la C.N.

4. Proyecto del Dr. Julio B. J. Maier.

Recabando y ahondando aún más en las distintas opiniones de los juristas destacados que tanto aportaron a la formación de las bases de una idea más acabada en puntos aún conflictivos de nuestro derecho formal, cabe reseñar lo aportado por el Dr. Julio B. J. Maier, quién en su Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, al inmiscuir sus conocimientos en el tema que estamos desarrollando, agrega que el Procedimiento contra ausentes es un Procedimiento Especial, aclarando que ausente se considera al imputado cuando se desconozca su domicilio o residencia, cuando resulte imposible citarlo o hacerlo comparecer en el procedimiento, o cuando sea declarado rebelde y no purgue su rebeldía.

Respecto de la viabilidad de este Instituto, el Dr. Maier dice que debe ser el Ministerio Público quién podrá acusar a un ausente y requerir para él la apertura del juicio, cuando la escala penal aplicable al objeto del procedimiento no supere el límite de la condena condicional o de la suspensión condicional de la pena, o se tratase de una pena no privativa de libertad.

Asimismo, argumenta que el mismo Ministerio Público Fiscal podrá requerir la continuación del debate contra el ausente, hasta su terminación, cuando su rebeldía se produzca durante el debate y él haya prestado declaración sobre la acusación, siempre que el tribunal no considere necesaria su presencia.

En cuanto a las Reglas del Procedimiento:

Se aplicarán las reglas comunes siempre que:

1. El imputado haya sido citado públicamente al debate con una anticipación no menor de diez días.

2. El defensor lo debe representar obligatoriamente en el Proceso.

3. Se admita como representante del imputado a su cónyuge, a sus hijos, padres, nietos, abuelos y hermanos, quiénes tendrán los mismos derechos que al imputado le corresponderían de presentarse personalmente en el proceso penal llevado en su contra, debiendo ser el Tribunal quién unifique la representación en el caso de concurso de varios parientes.

4. En cuanto a la sentencia, la misma debe señalar indefectiblemente que el debate se produjo en ausencia del acusado, dando públicamente a conocer los motivos de ello.

Por último, el Profesor Maier planteó la posibilidad de Revisión Facilitada: supuesto que se daría cuando el imputado resulta aprehendido o se presenta voluntariamente, dando en este caso, la posibilidad al inculcado de que le fuera notificada íntegramente la sentencia a la cual se arribara, el acta del debate en cuestión y también, en caso de que la sentencia fuera recurrida, la dictada por el Tribunal de Casación.

En ese acto, el imputado será instruido acerca de su derecho a designar un defensor y sobre el plazo para interponer la Revisión del Procedimiento, el nombramiento de defensor se producirá de inmediato, salvo prórroga solicitada por el condenado para designarlo, cuyo plazo fuera fijado prudentemente por el Tribunal.

Dentro del plazo de diez días de designado el Defensor, el condenado y su defensor pueden requerir la revisión del procedimiento, con sujeción a las Reglas del recurso respectivo.

Se ordenará el nuevo juicio cuando se ofrezcan nuevas pruebas o se sostenga la inexistencia de alguno de los presupuestos que fundan la condena. La sentencia solo será modificada con fundamento en los nuevos elementos de prueba o en la demostración de la inexistencia de algunos de los presupuestos que la fundaban.

5. Opinión del Dr. Zaffaroni.

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, hace mención a lo dicho oportunamente por su destacado colega, el Dr. Binder, quién trata de explicar la prohibición del proceso en ausencia. Dice que en un razonamiento que convierte una garantía en fundamento para la violación de un principio de superior jerarquía, como es el de inocencia: la prohibición del proceso en contumacia es una garantía que refuerza el principio de inocencia y en modo alguno puede legitimar su violación. Por otra parte, cabe preguntar cómo la legitiman los países que aceptan el proceso en contumacia.

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos en Brasil, Costa Rica... y España, México 2000, ed. Porrúa.

Es decir, nos deja un interrogante que analizaremos posteriormente y que nos lleva a cada uno de los investigadores, y espero que lo mismo suceda con los lectores, a preguntarnos concienzudamente y valorando los intereses de esta sociedad actual, si es o no viable un proceso penal de esta índole en nuestro ordenamiento legal vigente.

Juicio penal en Rebeldía⁸.

Este reconocido jurista plantea la hipótesis de dos imputados por el mismo delito, proceso al que uno de ellos se somete, mientras su consorte de causa se fugó, quedando por lo tanto rebelde para el proceso penal.

El jurista comienza su análisis, sosteniendo que en algunos casos, el juzgamiento penal en ausencia del imputado no sólo es constitucionalmente admisible sino también conveniente desde la óptica de una coherente política criminal.

Desde ya cabe transcribir lo expuesto por el jurista en su ponencia "Hacia un proceso penal acusatorio", presentada en el Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe, realizado en la Ciudad de Rafaela en el transcurso del año 1990, cuando dijo: *"un rebelde consciente debe ser juzgado, teniendo presente que los hechos de cargo son de demostración necesaria y con la única variante de ampliar las causales de revisión, por si luego de condenado quiere reproducir el juicio pero como actor y en estado de culpabilidad"*.

En principio, a criterio de este destacado colega, es conveniente diferenciar las distintas formas de ausencia en el procedimiento penal. En primer término y como fundamento lógico que no merece mayor abundamiento, destaca que cuando la ausencia es involuntaria no se puede juzgar en rebeldía, pero que se podría dar este supuesto cuando la misma es voluntaria, toda vez que el imputado decidió no ejercer sus derechos de defensa.

Luego de ello, diferenció el concepto de presencia, en real o ficta, destacando a la primera cuando el imputado participa efectivamente del acto procesal y a la ficta cuando el encartado del proceso no participa físicamente del proceso, aunque esté a disposición del Tribunal.

Respecto del Juicio Penal en rebeldía y su relación con el derecho de defensa, argumenta que la constante de la doctrina y la jurisprudencia argentina fue alzarse contra este Juicio Penal en rebeldía, invocando que violaba el derecho de defensa del imputado, fundamentalmente en su manifestación de "ser oído".

Asimismo, agrega que este dogma convierte a un derecho en una exigencia, lo que así contradice la propia Constitución Nacional, la que da libertad al imputado para declarar o no hacerlo.

También sostuvo que si esa renuncia a ser oído en lugar de ser expresa era tácita, al sustraerse el imputado del Tribunal predispuesto para oírlo, se entendió que esto era violatorio de la Constitución.

En dichas líneas, entendió que tratándose de una ausencia voluntaria no se viola el derecho de defensa si se sigue el juzgamiento adelante, pues esa voluntad de sustraerse del juicio es una manifestación clara de que se decide no ejercer determinados derechos, o mejor dicho disponer de ellos no ejerciéndolos.

En cuanto al trato igualitario en el ordenamiento jurídico vigente, destaca que cabe considerar que en algunos sistemas como el italiano, el juzgamiento al ausente implicaba para este una pérdida de derechos, por ello sostiene que en la posibilidad de un juicio penal en rebeldía, el imputado debe tener el mismo tratamiento que los presentes que deciden no defenderse, (nombramiento de defensor, posibilidad de pedir y de ofrecer prueba, tomar el juicio en el estado que se encuentra en caso de querer comparecer, etc.).

En cuanto a los Recursos y completando el panorama en relación al respeto del derecho de la defensa, entiende que cuando el imputado es condenado en rebeldía tiene que tener a su disposición dos medios de impugnación propios para procesos desarrollados en ausencia:

- 1) Una acción de revisión totalmente amplia, donde se pueda rever toda la prueba, e incluso ofrecer prueba nueva. En este nuevo juicio el condenado será actor y, por ende, en lugar del estado de inocencia rige para él el estado de culpabilidad. Eso significa que la duda no lo favorece y que la carga probatoria recae sobre su cabeza, salvando así cualquier posibilidad de error originado en alguna deficiencia de la defensa que debió actuar en el primer juicio.
- 2) Un recurso de Nulidad que tiene por finalidad lograr la ineficacia del proceso penal, y que por lo tanto exige que se realice nuevamente, basado en que su ausencia no fue voluntaria o que durante el desarrollo del debate existió algún impedimento para su comparecencia.

Refiriéndose al Juicio Penal en rebeldía y su estrecha relación con la posibilidad de Impunidad, dice que en nuestro ordenamiento legal vigente se combinan la rebeldía con la prescripción de la acción penal, de tal forma que, con el transcurso del tiempo, el rebelde termina premiado con un sobreseimiento por causal extintiva.

Sustenta esta posibilidad de Juicio Penal en rebeldía, diciendo que así se impediría esa situación arbitraria de que un posible culpable sea sobreseído simplemente porque decidió – con éxito- sustraerse al juzgamiento, sino que también puede ser importante porque el juicio puede culminar con una absolución.

Por eso el Juicio en Ausencia, interrumpiría el curso de la prescripción de la acción procesal, y notificada que fuera la sentencia por la forma que se establezca, si ésta es condenatoria y queda firme, el curso de prescripción que comienza a correr es el de la pena y aunque ésta se produzca, la condena ya ha sido dictada.

⁸ Superti, Héctor C., Derecho Procesal Penal, p. 99 a 121.

Refiriéndose escuetamente al tema de las medidas cautelares personales, opinó que la posibilidad de juzgar en estado de rebeldía, aliviaría la situación de que el legislador o el juez tenga que dejar o no en libertad al imputado durante el proceso penal, corriendo este el riesgo de que el encartado se sustraiga al juzgamiento y, de tal forma, se paralice la propia función judicial del estado, ya que el riesgo que pasa a correr es menor, dado que no está en juego la paralización del juzgamiento.

Es decir, se produce un desplazamiento del problema, que deja de ser del Estado y pasa a ser del imputado, colocándose así en cabeza del responsable de la conducta (sustraerse o no a la acción de la Justicia) los efectos de la decisión de no presentarse.

En cuanto a la doctrina nacional, sabemos que casi todos los doctrinarios especializados se han manifestado en contra del juzgamiento penal en rebeldía. Ello ha ocurrido no sólo con los autores de Derecho Procesal Penal, sino que también con los autores que se han dedicado plenamente al estudio del Derecho Penal.

Como ejemplo, podemos citar a Sebastián Soler quién adhirió a la tesis mediante la cual las condenas en rebeldía dictadas en el extranjero no deben ser considerados tales, y por el contrario los condenados deben ser tratados como imputados. Basó su postura en que la admisión de la validez de esas condenas como tales se opone al principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

Pero si bien es cierto que la doctrina se halla unificada en la opinión del tema que nos aborda, cabe destacar la voz casi solitaria de Alcalá Zamora y Castillo, quién interpretando la Constitución Nacional, sostenía que ella no se vulneraba con el juicio en ausencia, pues la exigencia de que nadie podía ser condenado sin ser juzgado quedaba a salvo con el proceso en rebeldía, pues ésta era una de las formas de juzgamiento.

Concluyendo con su desarrollo, Superti⁹ entendió que debería marcar las pautas en las cuales debe ubicarse un juicio penal en rebeldía, sin violar la Constitución y en forma valiosa para la política criminal, estableciendo que las mismas podrían ser las siguientes:

- a. Distinguir entre ausente y contumaz o rebelde.
- b. Impedimento de juzgar en caso de que la ausencia sea involuntaria, pues se estaría impidiendo el derecho de defensa en juicio.
- c. Posibilidad de juzgar cuando la ausencia es voluntaria, manifestada expresamente, o tácitamente.
- d. No hay diferencia en cuanto al ejercicio del derecho de defensa del rebelde de aquél que, por ejemplo, se abstuvo de declarar o no quiso presenciar la audiencia de debate.
- e. Suspender en caso de ausencia voluntaria el juzgamiento, es desnaturalizar el derecho a ser oído, y convertirlo así en una exigencia objetiva, extremo que queda vedado al tener presente simplemente la posibilidad de abstención de declarar.

⁹ Ob. cit., p. 99 a 121.

f. Con este sistema, al correr el curso de la prescripción, se está premiando al ausente voluntario.

g. El juzgamiento de los ausentes voluntarios favorecerá la disminución del nivel de impunidad y mejorará el régimen de libertad durante el proceso, avanzando de tal forma hacia un sistema más eficaz y garantizador.

h. El derecho de defensa queda salvado al tener verificado que la ausencia es voluntaria, que se le nombre defensor con amplias facultades, que puede el rebelde tomar la causa en el estado en que se encuentra y otorgándosele contra la sentencia una acción de revisión y un recurso de nulidad.

Por todo lo expuesto, concluye su ponencia, diciendo que el **juicio penal contra rebeldes** (ausentes voluntarios) **es constitucionalmente válido y políticamente conveniente**.

7. ¿La pena al culpable es un derecho de la víctima por ser parte de su reparación?

José I. Cafferata Nores¹⁰ expresa que la sanción al culpable es un modo de recuperación de la víctima a la que ésta tiene derecho.

El autor cita los Arts. 8.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 75 inc. 22 C.N.) donde se establece el derecho a la jurisdicción que además está implícitamente en el Art. 18 de la Carta Magna.

Explica la evolución de la Jurisprudencia Nacional destacando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación comparte una corriente de pensamiento que postula que “El derecho penal tiene por fin la tutela (subsidiaria) de los intereses generales de la sociedad... pero que también debe tutelar los intereses concretos de la víctima”.

También expresa que la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice “seriamente con los medios a su alcance... a fin de identificar a los responsables, y de imponerles las sanciones pertinentes...” (Caso 10.970 de la Comisión I.D.H. Informe N° 5/96). A este derecho se lo deriva del “Derecho a la tutela judicial efectiva” previsto en el Art. 25 de la C.A.D.H.

Referirse al Proceso Contumacial y su posible aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, nos obliga indefectiblemente a analizar aunque sea en forma escueta, los fundamentos constitucionales que el Dr. Maier analiza tan detalladamente en su obra.

Haciendo una breve reseña de estos fundamentos, podemos comenzar mencionando al “Juicio Previo”, el que a su vez guarda estrecha relación con la sentencia judicial de condena como fundamento de la actuación del poder penal material del Estado.

¹⁰ Cafferata Nores, José I., Cuestiones actuales sobre el derecho penal, Buenos Aires, 2000, p. 65 a 73.

Por ello, al referirnos a la sentencia fundada, debemos referirnos a lo que Maier dice sobre ésta, es decir, aquélla que menciona los elementos de prueba a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica.

Así, se afirma que la sentencia penal pronunciada por el órgano judicial competente, es hoy el único fundamento que admite la aplicación de una pena. Por eso, Maier dice que el principio de la autonomía de la voluntad tiene muy escasa importancia en el derecho penal, y la pena es siempre pública y su imposición sólo puede provenir de una sentencia penal condenatoria.

Asimismo, el Dr. Maier afirma que para someter a alguien a una pena, es necesario el pronunciamiento de una sentencia firme de condena que declare su culpabilidad en un delito determinado, sentencia que además requiere de un Procedimiento Previo en el que se verifique la imputación, procedimiento en el que el imputado será considerado y tratado como un inocente.

Este Proceso Legal Previo que le procurará a la sentencia de los elementos para la decisión respecto de la imputación, debe a su vez ser un Procedimiento Jurídico, reglado por ley, en el que se definan los actos que lo componen y el orden en el que se los debe llevar a cabo, acorde, a su vez, con las seguridades individuales y formas que postula la Constitución Nacional.

Maier dice enfáticamente que el Procedimiento Penal es un Procedimiento de Protección Jurídica para los reos, estableciendo así que el Derecho Procesal Penal es una ley reglamentaria de la C.N.

Por último, en cuanto al Proceso Legal Previo y como resultado y comprensión de lo señalado, Maier afirma que la reacción penal no es inmediata a la perpetración del delito.

En cuanto al fundamento constitucional de “Principio de Inocencia”, Maier dice que el concepto de la C.N., es el impedimento de ésta de tratar como culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, hasta que el Estado no pronuncie sentencia penal firme que declare la culpabilidad y así sea sometido a una pena.

Desde ese punto de vista, entiende el jurista que es totalmente lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente.

De este principio inalterable, surge el “*onus probandi*”, es decir, la carga de la prueba en el procedimiento penal, no le corresponde al imputado, la carga de demostrar la culpabilidad del imputado le corresponde al acusador. O sea, el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia ya construida por la presunción que lo ampara.

Maier analiza la relación entre el Principio de Inocencia y las distintas Medidas de Coerción Personal, de las que destacamos, entre ellas a: El Encarcelamiento Preventivo, Allanamiento, Apertura o inspección de correspondencia y papeles privados, embargo y secuestro, extracción sanguínea y reconocimientos médicos.

Afirma en cuanto a las Medidas de Coerción, que la privación de la libertad en el Procedimiento Penal, es un medio de coerción de carácter excepcional.

Posteriormente, el autor mencionado analizó el fundamento constitucional de “Derecho de Defensa”, aclarando que en cuanto al tema que desarrollamos en este análisis, quizá es conveniente decir que esta cláusula de la Ley Fundamental es la que más guarda relación con el Proceso Contumacial.

Nuestra C.N. ubica al derecho de defensa como una garantía frente al Poder del Estado.

Dentro de este Derecho de Defensa (facultad de intervenir en el procedimiento penal y poder llevar a cabo todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado), quedan comprendidas actividades como: facultad de ser oído, control de la prueba de cargo, posibilidad de probar los hechos que él mismo invoca, declarar la prueba producida y exponer las razones para obtener del tribunal una sentencia favorable.

Además de la defensa material, la particularidad del procedimiento penal reside en la obligatoriedad de la defensa técnica, aclarando que la única excepción reside en el derecho a defenderse por sí mismo, lo que todo código de procedimiento penal autoriza, siempre que no se perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso.

Tal necesidad de defensa técnica viene a complementar la capacidad del imputado para estar en el juicio penal.

En cuanto a la defensa técnica cabe decir que sirve a los fines de equiparar las posiciones entre acusador y acusado, toda vez que debe ser un letrado con conocimientos jurídicos quien debe asistir al imputado, ya que el acusador resulta ser justamente un entendido en la materia.

A los fines de evaluar las facultades defensivas de los encartados en procedimientos penales, cabe mencionar entre otras: el control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia, la posibilidad de producir prueba de descargo, la valoración de la prueba y la valoración jurídica (respecto del significado jurídico del comportamiento verificado e incluso la individualización de la pena).

Por último debemos hacer un hincapié especial en las derivaciones del derecho de defensa, agregando que para Maier no está permitido el Juicio en Ausencia, ya que entiende que esta inadmisibilidad responde justamente a este derecho de defensa.

Agrega que en nuestro derecho, salvo en materia contravencional, la regla es absoluta, a diferencia de otras legislaciones de procedimiento penal, las que sí conciben excepciones a esta regla.

Dice que el fundamento de su prohibición es claro, ya que el Procedimiento Penal no se satisface, como el Civil, por la importancia de las consecuencias que de él derivan, sin

otorgar una posibilidad cierta de defenderse, sin controlar de hecho que quien se defiende puede realmente ejercer su defensa.

Al contrario, se necesita verificar, de cuerpo presente, que el imputado sea idóneo para intervenir en el Procedimiento y a su vez esté en condiciones para ejercer las facultades que le otorga la ley de procedimiento penal.

Legislación y Jurisprudencia Comparadas.

1. Derecho anglosajón.
2. Perú.
3. Portugal.
4. Italia (y Argentina).
5. España (e Italia).
6. Colombia.
7. Bolivia.
8. Francia.

*A los efectos del presente trabajo hemos resaltado ciertas frases o palabras.

1. Derecho anglosajón:

“...e) El proceso en ausencia. A la inversa de la mayor parte de los países con derecho romano, los países de derecho anglosajón no reconocen, en su sistema jurídico, el proceso en ausencia o por contumacia. Esta laguna constituye una importante ventaja para la impunidad, especialmente cuando el país en cuestión rechaza colaborar con la justicia como por ejemplo el Tribunal Penal Internacional de La Haya. A título de compromiso, ¿no se podría admitir el proceso en ausencia después de haber jurídicamente constatado tal rechazo de cooperación? En caso contrario, su no reconocimiento debería estar limitado a la sola fase del juicio.”¹¹

2. Perú:

El Dr. Víctor Burgos Mariños¹², entre otras cosas expresó: “Existe la necesidad de modificar la legislación contra reos ausentes, la prohibición de condena en ausencia, debe extenderse al momento de la acusación, de tal manera que el ausente o no emplazado adecuadamente, no pueda ser acusado ni condenado a sus espaldas. De esta manera se estará garantizado mejor el derecho de defensa del imputado durante la etapa instructoria.”

¹¹ Joinet, M. (traducción por Equipo Nizkor), “La Administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los detenidos” para la ONU -en el marco de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías- (Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997).

¹² Burgos Mariños, Víctor, “El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad”.

3. Portugal:

A continuación se transcribe el sumario de una sentencia portuguesa -cuya traducción omitimos por ser entendible en este caso el idioma portugués-. Básicamente se ve que en Portugal, a partir del año 1995, la declaración de contumacia constituye una causal interruptiva de la prescripción.

Jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto

Sumário:

...

V – A declaração de contumácia, anteriormente à entrada em vigor do Código Penal de 1995, não constituía uma causa suspensiva da prescrição. Constitui agora (artigo 120 n.º 1 alínea c) desse Código), mas é inaplicável aos processos instaurados anteriormente por proibição da retroactividade da lei.

Rec Penal nº 141/00 - 1ª Secção

Data - 22/03/2000

Correia de Paiva

(c) Tribunal da Relação do Porto.

4. Italia (y Argentina):

En el ámbito internacional, como veremos, Italia ha desarrollado un sistema muy novedoso mediante el cual se admite la condena en ausencia, procurando respetar el principio de La Defensa en Juicio. Si esta garantía, (constitucional en todo el derecho occidental) ha sido respetada o no por la legislación italiana, es materia de debate.

A continuación se transcribe, íntegramente, la opinión del Dr. Zuppi¹³ sobre una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. En este artículo, se ve con claridad cuál es el sistema que adoptó la legislación italiana respecto de los contumaces. A pesar de la extensión del trabajo lo transcribimos casi íntegro por considerarlo muy claro respecto del sistema adoptado por Italia.

Los Juicios *in absentia* en el Procedimiento Italiano - Reflexiones sobre jurisprudencia de la Corte Suprema y el caso Suárez Mason.

Por Alberto Luis Zuppi: Abogado (UBA), Dr. iur. (Universität des Saarlandes, RFA), ex Profesor Adjunto de Derecho Penal parte especial (UBA), de Derecho Internacional Público (UBA) y de Derechos Humanos y Garantías (UBA).

¹³ Zuppi, Alberto Luis, "Los juicios *in absentia* en el procedimiento italiano", Reflexiones sobre jurisprudencia de la Corte Suprema y el caso Suárez Mason, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, nº 16.

Introducción.

El 6 de diciembre de 2000, los ocho magistrados que componían la Corte di Assise de Roma condenaron en contumacia, por el secuestro, tortura y asesinato de cinco ciudadanos italianos y por la substracción de un recién nacido de una de sus víctimas a Carlos Guillermo Suárez Mason, ex comandante del 1er. Cuerpo de Ejército, y por el secuestro y asesinato de otros dos civiles a Santiago Omar Riveros, jefe de la Prefectura Naval y comandante de la "zona 4 Tigre-Campo de Mayo" durante el último gobierno militar. Ambos fueron condenados a la pena más grave del ordenamiento penal italiano - el ergastolo o reclusión perpetua - con la agravante de aislamiento diurno durante tres años para Suárez Mason y de un año para Riveros, interdicción perpetua para asumir cargos públicos e inhabilitación absoluta de bienes, así como al pago de diversas indemnizaciones pecuniarias y las costas procesales. La misma decisión condena a veinticuatro de reclusión a Juan Carlos Gerardi, José Luis Porchetto, Alejandro Puertas, Héctor Omar Maldonado y Roberto Julio Rossin, esos últimos como autores del homicidio de Martino Mastinu¹⁴. Ninguno de los condenados se encontraba en Italia al momento de dictarse la sentencia y las condenas impuestas fueron dictadas *in absentia*, de tal manera que si Italia buscara darles cumplimiento deberá requerir la extradición a la Argentina.

Esta decisión italiana lleva a analizar varias cuestiones que estimamos de interés. En primer lugar, existe reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, aunque con importantes disidencias, que considera que los juicios italianos *in absentia* constituyen una violación al derecho fundamental del debido proceso. También la decisión italiana nos hace volver al tema de la atribución de jurisdicción de sus tribunales para los delitos imputados a los condenados que fueron cometidos en Argentina, así como sobre el valor de las leyes dictadas que otorgaron impunidad a los acusados -la llamada ley de punto final y la ley de obediencia debida- ante una jurisdicción extranjera.¹⁵

¿Cómo puede explicarse que un país con una larga tradición jurídica, respetuoso de los derechos humanos y miembro activo del Consejo de Europa como es Italia pueda dictar condenas en ausencia, las que "prima facie" parecen violar los más elementales derechos individuales? En la Apología de Sócrates se utiliza el juicio *in absentia* como ejemplo de arbitrariedad cuando se hace sin siquiera el defensor delante¹⁶ ¿Puede semejante institución

¹⁴ La sentencia puede ser leída en Internet en el sitio <<http://www.derechos.org/nizkor/italia/sent.html>>.

¹⁵ El tema de las formas de jurisdicción se ha tratado en la obra "Jurisdicción Universal y la Corte Penal Internacional", Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II - Obras - Número 28, Ed. La Ley, Bs. As, 2001 y la cuestión de las llamadas leyes de punto final y de obediencia debida en el artículo publicado en el último número de *Nueva Doctrina Penal*, en prensa al momento de escribir estas líneas, titulado "En busca de la memoria perdida: las leyes de amnistía y la impunidad de crímenes de lesa humanidad" a las que nos remitimos.

¹⁶ Platón, "Apología de Sócrates", Ed. Gredos, Madrid, 1981, aquí párr.17a. El texto correspondiente dice: "... estos acusadores son muchos y me han acusado durante ya muchos años, y además hablaban ante vosotros en la edad en la que más podáis darles crédito, porque algunos de vosotros erais niños o jóvenes y porque acusaban *in absentia*, sin defensor presente. Lo más absurdo de todo es que ni siquiera es posible conocer y decir sus nombres... En efecto, ni siquiera es posible.

entonces ser defendida? La cuestión es bastante más compleja que lo que parece aunque alguna jurisprudencia nacional parece haberse quedado en la prevención socrática.

La disparidad de soluciones en el mundo judicial de tradición romanista con relación a la necesidad de exigir la presencia física del imputado en el procedimiento criminal y lo que se conoce como juicios "en rebeldía", "en contumacia", "*in absentia*" o "par défaut", han dado lugar a multitud de conflictos judiciales que se han hecho más notables en materia de extradición. Aunque se registran gran cantidad de casos donde aparecen vinculados países europeos tales como Italia, Francia, Holanda, Bélgica, Noruega, España y Portugal, el régimen procesal del juicio en rebeldía o el de los juicios *in absentia* es también conocido por algunas legislaciones latinoamericanas así como Chile, Nicaragua, Guatemala, Perú, Paraguay, República Dominicana, Ecuador y Venezuela, entre otras, así como en la propia Argentina, aunque con diferencias entre sí como se mostrará.

Italia, por la gran variedad de situaciones en las que puede tener lugar el juicio *in absentia* de acuerdo con su legislación, ha sido objeto de un análisis particular tanto por la jurisprudencia internacional como por la de la Corte Suprema argentina, esta última con relación a la concesión o no de pedidos de extradición. Debe tenerse presente sin embargo, que a pesar de hacer la jurisprudencia procesal de este punto uno de sus aspectos más variados, los juicios italianos celebrados *in absentia* son la excepción y no la regla.

En este trabajo y salvo mención específica, la referencia a juicios *in absentia* se utilizará como sinónimo de toda situación procesal en la que el imputado no se encuentra físicamente presente, en todo o en parte del trámite de un proceso penal en su contra. Como se explicará más adelante, el derecho procesal italiano asimila dentro de esta categoría a la contumacia, la *latitancia* y la ausencia o condición de ausente, situaciones todas diferentes aunque para alguno de los aspectos que aquí estudio puedan ser vistas como equivalentes.

El juicio *in absentia* y el debido proceso.

El derecho penal como sistema punitivo busca reconciliar el mantenimiento del orden social con la protección de los derechos humanos y el procedimiento penal asegura el equilibrado balance entre estos dos objetivos. Así el derecho penal debe tener en cuenta el derecho de los acusados al pleno ejercicio de su defensa, pero también debe tener en cuenta los derechos de las víctimas para garantizar que puedan acceder a una justa reparación. Ambas partes tienen derecho a un proceso rápido y eficaz. Los países que reconocen la existencia del juicio en ausencia tratan de encontrar su equilibrio entre estos intereses y la persistencia en el tiempo del sistema se debe a que esa ha sido la forma elegida por algunos sistemas jurídicos para, en casos de excepción, poder poner fin a un proceso penal que de otra manera se vería dilatado de modo indefinido con la consiguiente pérdida de pruebas y de certidumbre, cuando esta dilación es debida a una arbitraria decisión del imputado. Así cuando el acusado, en ejercicio de un acto de plena voluntad que

la ley le reconoce, no desee comparecer al proceso a pesar de haber sido correctamente citado, impidiendo por ejemplo, una no deseada confrontación con su víctima, ese derecho se ve compensado con la declaración de contumacia que no impedirá que el procedimiento siga adelante¹⁷. Si, en cambio, la voluntaria ausencia del imputado suspendiera el trámite procesal o si corrieran sólo los términos de la prescripción, en opinión del ordenamiento italiano, se le estaría dando al imputado -de hecho- el control total del procedimiento, lo que sería claramente injusto.

Pero este problema que hasta aquí se presentó como académico, tiene implicancias prácticas de gran trascendencia cuando es tratado dentro del régimen de la extradición. La actitud que ha asumido alguna jurisprudencia pareciera indicar que al resolver un pedido de extradición el país requerido tendría el derecho de juzgar la conformidad material del derecho de fondo y de forma del Estado requirente. Adviértase que, como se explicará más adelante, cuando un país como Italia tiene el principio del debido proceso garantizado constitucionalmente y cuando adicionalmente ha sometido su ordenamiento jurídico doméstico a la concordancia con el derecho internacional que tiene una jerarquía que reconoce superior, la actitud de Argentina como Estado requerido al denegar una extradición por estimar que el derecho del requirente no se ajusta a esta normativa, con la triste historia de nuestro país en materia de violaciones a los derechos humanos, es un acto que contradice la cooperación internacional y constituye por lo menos una injerencia exorbitante en el derecho doméstico del requirente.

Diferentes modalidades del juicio *in absentia* en Italia.

A las dificultades que tiene el mundo jurídico argentino para la adecuada valoración del juicio *in absentia* italiano, la realidad enseña que se suman las complicaciones terminológicas entre diversas figuras procesales italianas que frecuentemente han sido citadas como sinónimos.

La propia policía judicial italiana estando encargada de ejecutar una orden judicial de arresto, frecuentemente califica la situación procesal del imputado de manera incorrecta¹⁸. Algo parecido sucede en el propio derecho argentino con relación a las calificaciones "imputado", "encausado", "procesado", "acusado" y "condenado" que marcan etapas procesales diferentes a pesar de ser utilizadas frecuentemente durante la instrucción con generosidad semántica aunque no siempre con precisión jurídica.

En el Código de Procedimiento Penal italiano -en adelante "C.P.P. it."- son citadas como situaciones vinculadas con el juicio *in absentia* las siguientes voces que nombramos en su idioma original:

"Contumacia" (condición de contumaz): la conducta del contumaz consiste en la incomparecencia a estar a proceso del imputado correctamente citado, de forma voluntaria y

¹⁷ Cass., 12 de julio de 1995, *De Rose, Cass. Pen.* 1996, 3349.

¹⁸ Leone, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. II, EJE, Bs. As., 1963, pág. 440.

consciente y que no se encuentre justificada por un impedimento legítimo. (Arts. 487-489 C.P.P. it.).

"*Latitanza*" (condición de *latitante*): es *latitante* el que se sustrae voluntariamente de la custodia cautelar, del arresto domiciliario, de la prohibición de salida del país, a la obligación de residencia o a una orden que dispone su encarcelamiento. (Arts. 295-296 C.P.P. it.).

"*Assenza*" (condición de ausente): ausente en el proceso es el imputado que, aunque se encontrara impedido legítimamente de concurrir, pide o consiente que el debate tenga lugar en su ausencia o si se encontrara detenido, rehusara expresa o tácitamente asistir al debate. (Art. 488 C.P.P. it.).

"*Irreperibilità*" (condición de inhallable): esta figura procesal, equivalente a la averiguación de paradero y se dispone cuando las medidas destinadas a ubicar al inhallable han sido infructuosas, siendo a partir de ese momento el mismo representado por un defensor. "*Irreperibile*" puede ser el contumaz o el *latitante* pero hace referencia a una situación objetiva y no subjetiva como las otras. (Arts. 159-160 C.P.P. it.).

Aunque no se trata de una figura de derecho procesal sino de un tipo penal previsto en el Código Penal italiano, por la equiparación que hace el propio procedimiento italiano al hablar de la *latitanza* y por la similitud de la figura que invoca a esta lista corresponde agregar la figura del evadido.

"*Evasione*" (condición de evadido): el derecho de fondo prevé en el art. 385 una figura similar a la prevista en el art. 280 del C. P. argentino. (Art. 385 del C. P. it.)

Revisaremos ahora los aspectos más importantes de las figuras procesales, sus características y la forma en que se asimilan con el debido proceso aunque anticipamos que se pondrá el acento en la figura de la contumacia, pues de sus características participan las otras.

Definición y características de la contumacia.

Por contumacia se entiende en derecho procesal penal italiano a la decisión tácita, voluntaria, consciente e injustificada del imputado de no comparecer para estar a proceso pese a haber sido correctamente citado.

El art. 487 del C.P.P. it. establece que si el imputado, libre o detenido, no comparece a la audiencia de citación a juicio y esa incomparecencia no obedece a caso fortuito, fuerza mayor u otro legítimo impedimento y no es nulo el acto de la citación o de la notificación, el juez declarará la contumacia en un proveído fundado bajo pena de nulidad¹⁹. El juez será libre para estimar procedente o no a la prueba del impedimento para comparecer del imputado, en cuyo caso evaluará la naturaleza, gravedad y actualidad del impedimento. En cualquier caso debe dar razón de su convencimiento con una motivación adecuada, lógica y

¹⁹ Comp. plenamente vigente a pesar de referirse al antiguo texto Mortara, Lodovico & Aloisi, Ugo, Spiegazione pratica del Codice di Procedura Penale, T. II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1915, pág. 348.

correcta, conforme con los principios generales que resguarda la propia Constitución italiana y que busca garantizar también el Código de Procedimiento²⁰.

En el procedimiento italiano se estima que constituye una elección voluntaria y como tal, un derecho del imputado, a su decisión de participar o no en el proceso que se le sigue. A diferencia de otros países -como es el caso argentino, por ejemplo- en el que el procesado puede ser compelido, forzado u obligado a comparecer, en Italia el procesado tiene el derecho de no comparecer ante el juez que deba juzgarlo. Ese derecho lo puede ejercer incluso estando detenido, cualquiera que sea el motivo de la detención. Este sistema busca cumplir con un doble objetivo: por una lado asegurar el buen funcionamiento del sistema penal y por el otro, garantizarle a quien ha sido declarado contumaz sus plenos derechos de defensa y apelación²¹.

De acuerdo a la doctrina tradicional, el legislador italiano ha estimado que en un procedimiento de neto corte acusatorio como el peninsular y especialmente en la etapa judicial, el imputado no puede ser obligado a comparecer a juicio o a responder interrogatorios, recayendo la totalidad de la carga probatoria de la comisión del delito en la parte acusadora²². El art. 490 del C.P.P. it. establece la posibilidad de disponer que sea traído *manu militari* el imputado ausente o contumaz que se encuentre preso, en cuyo caso inmediatamente al comparecer perdería ese status.

La declaración de contumacia y sus efectos.

Como expliqué, se debe tener presente que la declaración de contumacia se basa en la constatación previa por parte del juez del pleno conocimiento del imputado de la citación que le fue cursada para estar a proceso, así como que su ausencia es voluntaria y consciente. La declaración de contumacia, en consecuencia, sólo puede ser dictada una vez que el juez haya descartado las tres hipótesis que se enuncian a continuación:

- a. debe descartar la hipótesis que el imputado haya estado imposibilitado de concurrir por grave y legítimo impedimento;
- b. debe descartar la hipótesis que el imputado no haya sido debidamente notificado o que el procedimiento a su respecto no haya sido observado.
- c. debe finalmente descartar también la hipótesis que el imputado no haya sido prevenido y avisado que si no comparece será juzgado en contumacia.

Cuando todas estas hipótesis han sido descartadas, la ley italiana presume que la ausencia del imputado ha sido voluntaria y autoriza al juez a que disponga, previo escuchar a las partes - fiscal y defensa - que el juicio sea tratado en contumacia. Se resalta que la doctrina y jurisprudencia tradicional exige que la declaración de contumacia deba ser

²⁰ Conf. D'andria, Mario, en el Codice di Procedura Penale - Giudizio e Provvedimento davanti al Pretore, de D'andria & Selvaggi, Eugenio, Giuffrè, Milán, 1997, pág. 117.

²¹ Así Cass. 15 de enero de 1964, en Giustizia Penale. 1954-III, 236 y Cordero, Franco, Procedura Penale, Giuffrè, Milán, 1971, pág. 106. Véase también Leone, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. II, EJE, Bs. As., 1963, pág. 448 y siguientes.

básicamente justa y probada pues sirve para demostrar que se excluyeron todas las causas que puedan obstar a la declaración misma, ya que si existiera alguna causa en tal sentido, ella daría lugar a la impugnación de la sentencia que prevé el art. 586.1 del C.P.P. it.²³

La decisión, aunque sea valorada libremente por el juez, no puede carecer de lógica, de sentido común y como toda decisión judicial está sujeta a las reglas generales de apelación de las disposiciones judiciales. Cuando la contumacia ha sido declarada, puede ser impugnada por haber transgredido su declaración las reglas que el procedimiento exige en cuanto a la necesaria motivación de la decisión²⁴. Pero no podrá apelarse la decisión por el instituto mismo o por suponer que contraría como lo entiende alguna parte de la justicia argentina, las reglas del debido proceso.

La ausencia en el proceso del imputado contumaz no es presumida por la ley como un acto de rebelión a las órdenes judiciales. No es un castigo. Tiene como objeto impedir que el procedimiento que está en trámite se desnaturalice y se pierdan pruebas, testimonios, declaraciones por el mero paso del tiempo. El contumaz, que como condición previa a ser declarado tal, tuvo que saber de la citación y su decisión de comparecer es voluntaria y consentida, de todas formas será defendido por su abogado y si no hubiera tenido uno o no se presentara ninguno con su designación, por el defensor oficial que le proveerá gratuitamente el estado. El imputado declarado contumaz tiene los mismos derechos que el imputado presente en el procedimiento.

Si el imputado no hubiera sido notificado debidamente, o si luego de declarado contumaz se probara que su ausencia no fue voluntaria, o si el juez estimara que puede haber dudas al respecto, la declaración de contumacia sería improcedente o nula según el caso. Si, por el contrario, el imputado solicita o acepta que el juicio tenga lugar no estando él presente, o estando detenido rechaza expresamente asistir personalmente al juicio, no será declarado contumaz sino ausente y será representado por un defensor. Si el imputado se fugara luego de la primera audiencia, se lo considerará igualmente como presente a los efectos procesales y será representado por su defensor, siendo esta situación semejante a la contumacia conocida como *latitancia*.

Declarado el imputado contumaz, el procedimiento sigue su curso: se toman testimonios, se celebran audiencias y se busca llevar al proceso hasta su conclusión con el debido control de las partes - aunque una de ellas representada por su defensor o por el defensor oficial - y se llega hasta la emisión de la sentencia condenando o absolviendo al acusado en ausencia. Como consecuencia de la declaración de contumacia el imputado

²² Manzini, Vincenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. IV, El Foro, Bs. As., 1996, pág. 451.

²³ Comp. este punto Mazzi, Giuseppe, Codice di Procedura Penale - Atti e Prova - Libri I e III (artt. 109-271) cit. pág. 883.

²⁴ Comp. este capítulo a cargo de Mendoza, Roberto, en el Codice di Procedura Penale - Atti e Prove - Libri I e III (art. 109-271), Milán, Giuffrè, 1997, pág. 388. Véase decisión de la Sección IIª Penal de la Cámara de Casación, del 22 de enero de 2000, n° 5808 que puede verse en Internet con nota de Andrea Guido en http://www.penale.it/giuris/cass_009-htm.

será notificado por medio del abogado defensor que haya designado o por el defensor oficial, con excepción de aquéllas actividades personales y de la comunicación de la sentencia pronunciada a los fines del comienzo del plazo de apelación que empieza a correr una vez que la misma ha sido hecha por extracto o publicación en un diario de gran circulación. Al decir de Manzini, no prescribirá ya la acción y la mala intención del imputado no paralizará la función jurisdiccional²⁵. Como puede advertirse entonces, el proceso en contumacia lejos está de ser una violación de reglas del debido proceso. Es un procedimiento en el que se le han dado al imputado todas las garantías, su defensa ha sido asegurada, y para el supuesto que algo hubiera pasado que autorizara el reclamo del contumaz, la situación va a ser revisada y caerá por nulidad o por la restitución de los plazos procesales como se explicará más adelante.

Definición y características de la *latitancia* ("latitanza").

Dentro del título dedicado a las medidas cautelares personales, el art. 296 del C.P.P.it. define al *latitante* como aquél que se sustrae voluntariamente al poder coercitivo personal de la autoridad judicial violando la custodia cautelar, su arresto domiciliario o la obligación de residir en algún lugar determinado, la prohibición para salir del país o la que dispone su encarcelamiento.

La principal distinción de la *latitancia* con la contumacia radica en la diferente instancia procesal en la que se la dicta, aunque sean semejantes sus consecuencias. En efecto, mientras que el contumaz se niega a comparecer estando correctamente citado y no comparecerá, el *latitante*, en algún momento del procedimiento estuvo a disposición del tribunal aunque ahora evada la acción de la justicia. Como sucede con la contumacia en caso de carencia de asesoramiento letrado, cuando el juez dicta la condición de *latitante* del imputado, le designa también un defensor para el *latitante* que no lo tenga.

El último inciso del art. 296 del C.P.P. it. como ya se ha mencionado, equipara al *latitante* a todos los efectos con el evadido. Esta asimilación atiende exclusivamente a la actividad desarrollada por el tribunal para encontrar al evadido y no importa ningún procedimiento declarativo del juez.²⁶

La declaración de ausente.

Ausente para el derecho procesal italiano es aquélla persona que solicita o consiente en forma expresa que el debate tenga lugar sin su presencia, lo que puede también suceder cuando el imputado detenido rehusa expresamente asistir al comparendo para el que fue citado. En estos casos el imputado será representado por su defensor particular o de oficio

Daniel Monguya Mbenge v. Zaire, Communication No. 16/19777 (8 September 1977), U.N. Doc. Supp. N°. 40 (A/38/40) en 134 (1983). Coherente con lo expuesto en ese fallo es el comentario al art. 14 del Pacto del Alto Comisionado para los Derechos Humanos recordando que cuando excepcionalmente y por razones justificadas se celebren juicios *in absentia* es tanto más necesaria la estricta observancia de los derechos de la defensa. Puede leerse el conjunto de observaciones en el sitio en internet <http://www.unhcr.ch/tbs/.../CCPR+Observaci%C3%B3n+general+13.Sp?Open.Document>.

si no tuviere uno. El artículo citado también resuelve la situación de aquél imputado que estando presente en la sala de audiencias, la abandona voluntariamente alejándose de la misma, supuesto en el cual para el procedimiento italiano el imputado será considerado presente y no ausente.

Recursos adicionales para impugnar la contumacia. Restauración de términos.

Contra las sentencias dictadas en contumacia se admiten las mismas apelaciones que con respecto a cualquier otra sentencia dictada tras un debate en donde todas las partes estuvieron presentes físicamente (art. 500 C.P.P. it.).

Además de los recursos ordinarios contra las decisiones judiciales, sea por vía de nulidad o por vía de apelación, sea atacando las notificaciones cuando estuvieron mal hechas o las decisiones cuando fueron infundadas, el procedimiento italiano prevé además la posibilidad que las partes sean restituidas al momento previo al vencimiento de un término procesal, cuando existan causales que lo justifique. El art. 175 del C.P.P. it. establece un principio general que permite que las partes sean restituidas en el término procesal cuyo vencimiento produjo la caducidad del mismo, si prueban que la realización de la apelación o impugnación del acto al vencimiento de su plazo no pudo ser hecha, sea por caso fortuito o por fuerza mayor.

La normativa procesal italiana contempla dos hipótesis adicionales a lo expuesto para hacer lugar a la restauración de términos:

- a. En el supuesto que haya existido una sentencia dictada en contumacia, el imputado puede requerir que se disponga se lo restaure en el momento anterior a que transcurra el término para impugnar o apelar la decisión, cuando pruebe que no ha tenido efectivo conocimiento del procedimiento llevado en su contra, siempre que la apelación o impugnación no haya sido ya planteada por su defensor y siempre que su desconocimiento no se deba a su exclusiva culpa.
- b. También podrá pedir la restitución de los términos para apelar o impugnar la sentencia de contumacia cuando ésta haya sido notificada al defensor del imputado en casos de averiguación de paradero y también en estos casos, no haya sido el imputado el que se haya substraído voluntariamente del conocimiento de los actos del procedimiento²⁷.

Quedan excluidos de estos supuestos aquéllos casos de invalidez o nulidad de la notificación pues en esos supuestos la notificación misma será objeto del recurso.

El juicio en ausencia y el debido proceso en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

²⁶ Puede controlarse el texto en inglés en el sitio de la Universidad de Georgetown en <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Belize/belize.html>

²⁷ Ver *Human Rights Committee General Comment n° 13 #11*. Ver también *Poitrinol vs. France*, (39/1992/384/462) del 23 de Noviembre de 1993; *Pelladoah vs The Netherlands*, del 22 de septiembre de 1994, 297-B, Ser. A 23; *Lala vs The Netherlands* del 22 de septiembre de 1994, 297-A Ser. A 13.

Delineadas las diversas figuras del derecho italiano y analizado su procedimiento así como los recursos que tiene el contumaz para impugnar, corresponde controlar la conformidad de las disposiciones italianas con las normativas nacionales e internacionales para salvaguardar el derecho del imputado al debido proceso.

Para seguir se debe partir de un postulado: el juicio en ausencia que es excepcional no es intrínsecamente ilegal o antijurídico. Muchas veces lo es, es cierto, pero como demostraremos siempre existen razones para que ello suceda. Quizá debamos cambiar el postulado planteado para que sea más clara la admisibilidad: en casos excepcionales el juicio en ausencia es ajustado a derecho. Este postulado así planteado es más acorde con lo expuesto con relación a los juicios *in absentia* por el Manual del Debido Proceso preparado por la conocida organización no gubernamental "Amnistía Internacional". Citando el precedente *Mbenge vs. Zaire*²⁸ el Manual reproduce la opinión del Comité de Derechos Humanos dependientes del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U. de 1966 cuando dijo que: "... en circunstancias excepcionales, puede aceptarse juzgar a una persona *in absentia*, siempre que el acusado haya sido informado del procedimiento y haya sido intimado a presentarse ante la corte con tiempo suficiente para permitirle preparar su defensa".

Tomando las debidas precauciones para garantizar que el derecho de defensa y el debido proceso sean respetados, en circunstancias de excepción el juicio en ausencia es admisible. Pero ¿cuáles son esas circunstancias excepcionales? Es excepcional que el propio inculpado no desee asistir a su propio juicio o haga todo tipo de resistencias para estar presente. La Constitución de Belice en su art. 6 inc. 3 f) da un ejemplo de esta excepción: "... y salvo su propio consentimiento el juicio no tendrá lugar en su ausencia excepto que se comporte de manera tal de hacer impracticable la continuación del procedimiento en su presencia y que la corte disponga removerlo y que el tribunal continúe en su ausencia..."²⁹ El texto de Amnistía Internacional citado, precisa un poco más lo expuesto al requerir adicionalmente para admitir el juicio lo que veremos como los dos primeros requisitos: en primer lugar que el acusado haya sido informado del procedimiento y, en segundo lugar, que haya sido intimado a presentarse ante la corte con tiempo suficiente para permitirle preparar su defensa.

El Comité de Derechos Humanos sostuvo: "cuando excepcionalmente por razones justificadas se admita un juicio *in absentia*, debe darse más que nunca una estricta observancia del derecho de defensa. Este derecho incluye al derecho a ser defendido por un

²⁸ Es la jurisprudencia de los casos *Colozza y Rubinat* del 12 de febrero de 1985, 89 Ser. A. 14 de la Corte Europea de Derechos Humanos.

²⁹

abogado aunque el acusado haya elegido no estar presente en el proceso"³⁰. Este comentario del Comité importa reconocer dos requisitos adicionales: que el imputado pueda gozar de lo que llama un "estricto cumplimiento de su derecho de defensa", y también que pueda "contar con asesoramiento letrado aun cuando eligiera estar ausente del procedimiento".

Repasando la jurisprudencia y doctrina en el tema de los juicios *in absentia* encontramos algunos requisitos suplementarios. Una opinión mayoritaria estima que un imputado tiene: el derecho a una apelación si fuera condenado en ausencia sin estar enterado del procedimiento³¹. También mayoritariamente se ha estimado que el derecho del acusado a estar presente en una audiencia de apelación debe estimarse satisfecha si el abogado elegido por el acusado está presente³².

Todos los requisitos enunciados y exigidos tienen plena recepción, vigencia y efectividad en el derecho italiano: como ya se explicó puede existir declaración de contumacia sin previa verificación de que el imputado haya sido correctamente notificado de la iniciación del procedimiento. Si esto no fuese así la declaración sería nula y si la nulidad no fuese decretada de oficio por el tribunal, la parte perjudicada finalmente podría tratar de obtener una condena contra Italia ante la Corte Europea como sucedió en algunos casos que enunciaré al analizar la posición de la Corte argentina. Pero adviértase que todavía la parte recurrente, tiene a su disposición el recurso de solicitar la restauración en los términos para apelar en el caso que hayan sucedido alguna de las causales que ya he mencionado precedentemente y cuyo incumplimiento también produciría que se puedan plantear nulidades.

Por otra parte, la información que recibe el imputado que se sustrae voluntariamente al proceso habitualmente es íntegra: se encuentra representado generalmente por su abogado particular con el que tiene pleno contacto para instruirlo sobre diversas medidas de prueba, argumentos de defensa, alegatos, apelaciones, etc. Si no tuviera abogado particular el Estado le asignará uno de oficio con el cual tendrá las mismas oportunidades que con el particular. Su defensor, particular o de oficio, estará presente en la totalidad del procedimiento, presenciará las audiencias que se lleven a cabo, repreguntará, apelará o consentirá decisiones. En consecuencia existe un profundo respeto a las reglas del debido proceso en todas sus instancias y un profundo respeto a la libre decisión del imputado de no comparecer.

A esta altura del análisis corresponde también recordar que en varios de los procesos *in absentia* analizados por la Corte Suprema, no sólo existieron condenas sino también

³⁰ En los casos *Di Pietro, G. s/ extradición*, D. 140.XXIV del 20.8.96, *Nardelli, P. A. s/ extradición*, N.1.XXXI, del 5.11.96, *Cauchi, A. s/ extradición*, C. 1292.XXVIII del 13.8.98, aunque con diferentes argumentos y mayorías y recientemente en *Fabbrocino, M. s/extradición* del 21.11.2000.

³¹ Caso *Colozza, G. v. Italy* n° 7A/1983/63/97 del 12 de febrero de 1985.

³² Caso citado, párrafo 27.

absoluciones. Este razonamiento será de interés para evaluar si las conclusiones de la Corte con relación a las condenas son extensibles a las absoluciones, habida cuenta que las razones que invoca para estimar agraviado el derecho al debido proceso, de hecho se encuentran plenamente vigentes también cuando se dicta una absolución *in absentia*.

La posición mayoritaria de la Corte Suprema.

A pesar de todo lo expuesto, algunos fallos de la Corte Suprema argentina³³, por mayoría han sostenido que el procedimiento italiano del juicio en contumacia o en *latitancia* afectaría disposiciones consagradas en los tratados de derechos humanos que hoy gozan de rango constitucional. Tal afirmación hecha por el más alto Tribunal argentino, refiriéndose al derecho de un país europeo que desde el final de la Segunda Guerra Mundial ha mantenido una tradición permanentemente respetuosa de los derechos individuales, por lo menos, debe ser estimada como sorprendente. La Corte Suprema tradicionalmente se ha mostrado en contra de aceptar al juicio *in absentia* italiano como suficiente para salvaguardar los requisitos exigidos por el principio fundamental del debido proceso y ese motivo la ha llevado a denegar diversos pedidos de extradición. Corresponde en consecuencia, analizar en detalle los argumentos que han venido fundamentando la denegatoria de las extradiciones por parte del máximo tribunal argentino.

En el caso Nardelli, la posición mayoritaria de la Corte Suprema citando el caso Colozza³⁴ tramitado por ante la Corte Europea de Derechos Humanos, estima que las previsiones del art. 8. 1 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 6 del Convenio Europeo eran semejantes, punto que luego analizaremos por separado. La Corte estimó que de la lectura de estos artículos se establece como principio jurídico que debe ser respetado obligatoriamente, que el derecho de estar presente en la audiencia en materia penal constituye un elemento fundamental del debido proceso, agregando que en un procedimiento penal el abogado defensor nunca sustituye totalmente al acusado. Cuando el tribunal compara este principio y su funcionamiento con las disposiciones procesales italianas, estima que se contradicen.

La cita del caso europeo a través de la posición mayoritaria de la Corte Suprema está sacada de contexto, tanto con el caso mismo como con la suposición de creer que el derecho italiano priva al imputado del ejercicio de su derecho a estar presente en el juicio. En Colozza la Corte Europea reconoció que, aunque no estuviera mencionado expresamente en el inciso 1 del art. 6 de la Convención Europea, el objeto y propósito del artículo tomado como un todo muestra que una persona imputada de una ofensa criminal tiene derecho a tomar parte en la audiencia ("*hearing*") y los derechos que aseguran los sub

³³ Véase *Pfeiffer y Plankl v. Austria*, del 25 de febrero de 1992, Serie A nº 227, págs. 16 y 17 y *Poitrinol v. France* del 23 de noviembre de 1993 caso 39/1992/384/462.

³⁴ *Tajudeen, S. K. S.*, caso nº 10.289, Reporte 2/92, Inter-Am.C.H.R., Doc. OEA/Ser.L/VII.81 rev. 1 Doc. 6 at 73 (1992). Puede consultarse en Internet en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/91span/cap.III.costarica.10.289>.

incisos c, d y e del inciso 3 del art. 6 del Convenio Europeo - que tienen su correlato en los incisos d, f y a respectivamente del inciso 2 del art. 8 del Convenio Americano - de defenderse a sí mismo, interrogar los testigos y utilizar un intérprete si no entiende el idioma, parecen difíciles de salvaguardar si no está presente el imputado en la audiencia. Pero el núcleo de la decisión europea estimó que una renuncia a tales derechos por parte del imputado no debe dejar dudas, sea porque haga saber su renuncia en forma expresa o porque lo haga en forma tácita pero de manera indubitable³⁵. Pero lo que dijo entonces con todas las letras es que ese derecho del procesado puede renunciarse, inclusive en forma implícita cuando la renuncia es inequívoca. Italia fue condenada en el caso Colozza, pero no fue el sistema italiano lo que fue rechazado. En ese caso en particular Italia no pudo demostrar que había tomado todas las diligencias para notificar fehacientemente al imputado, antes de declararlo *latitante*, lo que obviamente era sostenido por Colozza que negaba que la notificación se hubiera efectuado, tema al que la Corte dio fundamental importancia. Las notificaciones que se le habían cursado habían sido dirigidas a domicilios donde se sabía de antemano que no habitaba, sin tomar ningún recaudo para averiguar dónde se domiciliaba Colozza realmente, lo que era muy simple de acreditar tal como quedó demostrado por la defensa del declarado *latitante* en el caso. El principio que la propia jurisprudencia de la Corte Europea ha establecido con este y con otros casos semejantes es el que sostiene que la renuncia del imputado a comparecer debe ser de forma inequívoca y para que sea así debe atenderse una cantidad de precauciones que deben medirse de conformidad con su importancia³⁶.

Como fue explicado precedentemente, cuando un juez italiano declara a un imputado contumaz es requisito previo indispensable bajo pena de nulidad que haya verificado fehacientemente que el imputado se haya sustraído del proceso por un acto consciente y voluntario. En otras palabras, sin ese convencimiento previo por parte del juez, la declaración de contumacia es nula. Si la verificación que hizo el juez por algún motivo fue deficiente, partió de presupuestos erróneos y sin asidero, que no permitieron la constatación fehaciente e irrefragable del consentimiento prestado, el imputado tendrá no sólo todas las instancias italianas para atacar esas conclusiones sino incluso la de recurrir ante una instancia supranacional como la que admite alguno de los organismos de verificación de los tratados de derechos humanos de los que es parte la República Italiana, tales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Sociales y Políticos de la O.N.U. de 1966.

También en Nardelli la Corte Suprema cita una decisión de la Comisión Interamericana del 4 de febrero de 1992: el caso Tajudeen³⁷ según la cual se estableció que la condena en

³⁵ Caso citado párr. 17. e.

³⁶ Véase *Krombach c. France* en inglés en el sitio de Internet de la Corte Europea en <<http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>>.

³⁷ *Ibid.* párr. 88.

ausencia no era dictada en violación de la Convención Americana, cuando el gobierno que solicitaba la extradición del condenado para cumplirla se comprometía a realizar un nuevo juicio en caso de oponerse el condenado con relación al de su condena. Pero el voto de la mayoría de la Corte argentina al citar este precedente omite considerar que el país demandado era Francia, cuyo ordenamiento procesal a diferencia de lo que sucede con el ordenamiento jurídico italiano, admite la reapertura del proceso para el contumaz y que eso es a lo que había sido comprometido el gobierno francés con el de Costa Rica. En la misma decisión en el párrafo 17.c. la Comisión Interamericana establece que "El hecho de que su extradición se basa en una sentencia dictada en rebeldía en un país no miembro de la Organización de Estados Americanos como es Francia, no implica de por sí un atentado a las garantías del debido proceso".

Una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo del 13 de febrero de 2001 trae la visión más reciente sobre esta cuestión³⁸ al recordar que el art. 639 del código de procedimiento penal francés da la posibilidad de purgar la contumacia. La Corte estima que en tal caso, esto es, en el de un país que contiene una precisión legal como la francesa, la incidencia de tal derecho debe estimarse automática cuando el procesado contumaz es detenido. En ese caso las autoridades tienen la obligación de ofrecerle al acusado reexaminar la causa íntegramente y en su presencia. Pero esta afirmación debe funcionar también para quien no ha sido detenido, porque no puede pretenderse que el contumaz deba entregarse en una especie de caución física para hacer valer esa posibilidad³⁹. En otros supuestos igualmente importantes la Corte Europea estableció como de fundamental importancia para la justicia del procedimiento que el procesado sea adecuadamente defendido por un letrado⁴⁰. Pero estos mismos casos reconocen que los Estados parte de la Convención Europea gozan de amplia discreción en lo que hace a la elección de medios que permitan asegurar que sus sistemas legales cumplan con los derechos que garantizan el debido proceso.

Volviendo al tema de las decisiones nacionales, en la reciente decisión del caso Fabbrocino⁴¹ donde Italia reclamaba la extradición de un mafioso italiano acusado de multitud de robos y homicidios, la mayoría de la Corte vuelve a utilizar los argumentos ya esgrimidos sosteniendo que las garantías de la defensa en juicio cuyo cumplimiento se exige, requieren la posibilidad de que el condenado en ausencia "... haya tenido conocimiento de la acusación en su contra, que se lo oiga y se le de ocasión de hacer valer

³⁹ Mostrando otra posibilidad diversa a la del ejemplo, recientemente Lituania reconoció la necesidad de modificar su código de procedimiento penal para permitir el proceso *in absentia* para juzgar a un cierto número de criminales de guerra nazis, pues razones médicas eran invocadas para evitar el comparendo de los acusados de edad muy avanzada. Véase la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea del 23 de mayo de 1999 COM (1999)256, pág. 16.

⁴⁰ Véase el comentario de Foschini, Gaetano, *La Latitanza*, Giuffrè, Milán, 1943, pág. 16.

⁴¹ Cass., 2 de junio de 1989, Fusere, *Cass. Pen.* 1991, 586; Cass., 29 de septiembre de 1987, Alan, *Cass. Pen.* 1989, 405.

sus medios de defensa en la oportunidad y forma oportunas⁴². Fabbrocino se encontraba condenado en Italia en seis oportunidades habiendo estado presente durante la totalidad del procedimiento de las primeras cuatro condenas. Luego se benefició con un arresto domiciliario, dándose a la fuga en 1987 siendo declarado *latitante* y condenado *in absentia* en dos oportunidades. Tanto con anterioridad a ello como con posterioridad, siempre fue informado por sus defensores particulares que lo representaron ante la Justicia italiana sobre la marcha de los procedimientos en su contra. Estando prófugo incluso fue absuelto de algunos delitos por los que fuera acusado y hasta se benefició con algunas disposiciones de amnistía en el año 1992. La Corte sin embargo, sostuvo que no puede deducirse de los antecedentes remitidos por el Gobierno italiano que las garantías procesales hayan sido debidamente observadas, no modificándose esta conclusión por el hecho de que Fabbrocino haya sido representado por sus abogados particulares en todas las instancias de los respectivos procesos. La Corte sostiene en este caso que para tener por satisfechas las garantías en cuestión "... es indispensable que quien sea acusado de un delito no sólo sea asistido por un defensor de confianza, sino que además se encuentre presente en el proceso y tenga la posibilidad de comunicarse libre y privadamente con su letrado defensor⁴³. Esta nueva exigencia de la Corte en el cumplimiento de requisitos que deben ser acreditados, hace virtualmente imposible aceptar cualquier juicio *in absentia* lo que sin duda es una atribución exorbitante por parte del Tribunal.

Otras decisiones internacionales.

Una decisión española de la mayoría del pleno del Tribunal Constitucional⁴⁴ hace un concienzudo análisis de la legislación italiana en ocasión de rechazar el pedido de extradición del mafioso Domenico Paviglianiti, asimilando una violación a disposiciones de la Constitución española en términos semejantes a los expresados por la Corte argentina en los casos que he relatado y citando los mismos antecedentes. El razonamiento español va, sin embargo, más allá pues sostiene que si los actos de los gobiernos extranjeros lesionan o representan un peligro relevante para el núcleo absoluto de derechos fundamentales de cualquier ciudadano, la resolución de la jurisdicción española que les otorga validez o eficacia puede infringir "indirectamente" la propia Constitución española. Todo el problema entonces recaerá en dilucidar la compatibilidad de la incomparecencia del imputado juzgado *in absentia* habiendo sido debidamente citado en causa por delito grave, con las exigencias constitucionales del derecho de defensa, cuando no es posible instar un juicio rescisorio contra la decisión de condena. Ese Tribunal, como también lo ha sostenido en Fabbrocino la Corte argentina, estimó constitucionalmente admisible la condena *in absentia* sólo cuando se le garantice al condenado instar un procedimiento de revisión de la condena. Una

⁴² Cass., 12 de julio de 1995, De Rose, *Cass. Pen.* 1996, 3349.

⁴³ Leone, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. II, EJE, Bs. As., 1963, pág. 440.

⁴⁴ Comp. plenamente vigente a pesar de referirse al antiguo texto Mortara, Lodovico & Aloisi, Ugo, *Spiegazione pratica del Codice di Procedura Penale*, T. II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1915, pág. 348.

decisión anterior del Tribunal Constitucional español limitaba esta exigencia a la causa penal, sin necesidad de extenderse necesariamente a los pronunciamientos civiles de la sentencia⁴⁵. Ahora bien, la Fiscalía sostuvo que no hubo lesión en el derecho de defensa al decidir el acusado en forma voluntaria no comparecer al juicio, no existiendo en el ordenamiento jurídico italiano un juicio rescisorio como el reclamado. El Tribunal español estima repugnante a ese argumento el tener que aceptar como renuncia de derechos fundamentales a una renuncia tácita y citando varios casos del Tribunal Europeo concluye que "... la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos: de lo contrario podrían legitimarse, a través de ella situaciones contrarias a la dignidad humana".

Pero, tal como coincide el voto de los cuatro jueces de la minoría, la afirmación que hace el Tribunal Constitucional de que el núcleo fundamental de los derechos humanos imponga incondicionalmente la celebración de un juicio rescisorio de todo supuesto de condena a pena grave es insostenible. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos al que se adhiere la mayoría como base argumentativa, no permite inferir semejante exigencia. Para que dicho juicio pueda ser exigido legalmente no deben de haberse respetado los derechos mínimos de defensa, que no es per se el caso del juicio *in absentia*. El propio Convenio Europeo fue hecho en Roma en 1950 tratándose el italiano de un Estado que garantiza con amplitud y eficacia todos los derechos individuales. La decisión del Tribunal Constitucional español en consecuencia, tal como sucedió en el relatado caso argentino, se atribuye una competencia exorbitante sobre el Estado italiano. A pesar de lo expuesto y las críticas que generó la decisión española fue ratificada en por lo menos dos casos posteriores⁴⁶.

Recientemente el Parlamento Europeo tuvo ocasión de opinar sobre este tema. El 23 de marzo de 2001 elaboró un Proyecto de Informe con relación al reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal⁴⁷. En su prólogo el informe reconoce que para establecer un mecanismo de reconocimiento mutuo se dan dos alternativas: la primera, que estima de difícil aplicación, sería poder armonizar los sistemas legislativos, de procedimientos y judiciales, los que reconoce tienen larga tradición en los respectivos países y se encuentran afirmados en la base del ordenamiento jurídico de cada Estado; la segunda en cambio, se apoya en incrementar la confianza mutua entre los participantes de que las decisiones que se produzcan con posterioridad, se basarán en la aplicación de un conjunto común de reglas procesales, garantías y aplicaciones normativas. Los Estados se comprometieron así a emitir decisiones penales fiables. Cuando el informe del Parlamento

⁴⁵ Conf. D'andria, Mario, en el *Codice di Procedura Penale - Giudizio e Provvedimento davanti al Pretore*, de D'andria & Selvaggi, Eugenio, Giuffrè, Milán, 1997, pág. 117.

⁴⁶ Así Cass. 15 de enero de 1964, en *Giustizia Penale*. 1954-III, 236 y Cordero, Franco, *Procedura Penale*, Giuffrè, Milán, 1971, pág. 106. Véase también Leone, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. II, EJE, Bs. As., 1963, pág. 448 y siguientes.

Europeo llega a la oportunidad de enumerar las causales de exclusión del reconocimiento mutuo propuesto establece expresamente en el punto 6.c que "la resolución dictada *'in absentia'* no debería ser un obstáculo para el reconocimiento cuando el acusado ha podido gozar de una asistencia legal adecuada".

Los Estados miembros han llegado a una etapa de evolución en el respeto de las garantías individuales y de los derechos reconocidos en las Convenciones internacionales de las que son parte, que imponer una modificación del ordenamiento de uno de los Estados parte basándose en concepciones propias de otro Estado atenta contra la idea misma de armonización del derecho que tenía como objeto principal el informe.

La incomparecencia en derecho argentino.

La incomparecencia del imputado en el juicio entendida como el ejercicio de un derecho soberano de éste no se contradice con ninguna disposición constitucional argentina. Pero la ley procesal no reconoce tal derecho desde el instante en que el imputado puede ser traído al juicio por la fuerza o disponerse su comparendo forzoso a declarar aunque finalmente pueda negarse a hacerlo sin que su negativa importe presunción en su contra.

En el Capítulo II del Título IV del Libro II del Código Procesal Penal bajo el título "Rebeldía del Imputado" nuestra legislación también dispone sobre el imputado que se sustrae de la acción de la justicia con relación a la instrucción del proceso. En el caso argentino la rebeldía del imputado no suspenderá la instrucción (art. 290) aunque sí la sentencia. Como señalan Navarro y Daray, para que la incomparecencia del imputado pueda estimarse injustificada, la citación previa debe haber sido practicada en legal forma de acuerdo con lo previsto por el art. 153 o debió ser cursada al domicilio constituido (art. 144 in fine primer párrafo y 145) y dirigida a su persona (art. 146) y no a la de su defensor⁴⁸. Estas previsiones del Código Procesal Penal de la Nación, sin embargo, carecen de varias de las exigencias que requiere la jurisprudencia de la Corte Suprema para que la citación sea válida en el caso de las legislaciones extranjeras en el supuesto de una extradición.

Si la presencia física del acusado en la instrucción fuera requerida constitucionalmente tales disposiciones serían contradictorias con nuestro ordenamiento fundamental. Pero ello lleva a una paradoja ya que parecería que lo exigido en defensa del derecho en juicio es que el procesado tenga derecho de reabrir la causa antes de la condena, aunque la ley nada establece respecto de la reapertura de actos procesales realizados durante la instrucción que fueron celebrados en su ausencia. Esta posición pendular de nuestra legislación muestra también en parte la dificultad con la que se encuentra el intérprete de la legitimidad de la incomparecencia pues, por un lado, la condena en ausencia le resulta inaceptable, sin embargo por el otro, la instrucción en ausencia no. El texto argentino es muy semejante al

⁴⁷ Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. IV, El Foro, Bs. As., 1996, pág. 451.

⁴⁸ Comp. este punto Mazzi, Giuseppe, *Codice di Procedura Penale - Atti e Prova - Libri I e III (artt. 109-271)* cit. pág. 883.

que se encuentra vigente en Chile que también tiene un capítulo sobre la rebeldía aunque en el art. 93. Inciso i) del Código de Procedimiento Penal chileno específicamente se establece como derecho del imputado el de no ser juzgado en ausencia⁴⁹.

La legislación española puede ser también traída como modelo de estas contradicciones. Así cuando el delito conlleva una pena superior al año de privación de la libertad el juicio *in absentia* se encuentra prohibido (art. 841 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal), permitiéndose en caso contrario aunque quedando sujeta la sentencia a la posibilidad de un posterior juicio rescisorio.

Las garantías judiciales en la Convención Americana.

En las decisiones judiciales consideradas se habla de respeto del debido proceso en base a estándares internacionales que suelen estar dados por las Convenciones que garantizan este derecho ¿Cuáles son esas garantías que imponen los Tratados internacionales citados en los fallos judiciales mencionados?

El art. 8 de la Convención Interamericana dice en la parte pertinente:

"Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...

2. ... Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado... si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas...

...

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...

...

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia."

⁴⁹ Comp. este capítulo a cargo de Mendoza, Roberto, en el *Codice di Procedura Penale - Atti e Prove - Libri I e III (art. 109-271)*, Milán, Giuffrè, 1997, pág. 388. Véase decisión de la Sección IIª Penal de la Cámara de Casación, del 22 de enero de 2000, nº 5808 que puede verse en Internet con nota de Andrea Guido en <http://www.penale.it/giuris/cass_009-htm>.

Estas disposiciones constituyen un mínimo estándar de adecuación al debido proceso perfectamente asimilables a la categoría de derecho imperativo⁵⁰. Ninguno de los enunciados que hace este artículo, que tiene su contrapartida en el art. 6 de la Convención Europea, se ve agredido por el derecho italiano. Ello es evidente cuando se advierte que el art. 10 primer párrafo de la Constitución de la República Italiana dice textualmente: "El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas".

Tal como establece el art. 8.1. transcripto, en derecho italiano toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. Esto aparece recogido en los párrafos del art. 24 de la Constitución de la República Italiana que dice textualmente: "Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales".

La Constitución italiana se reconoce alineada con las normas de derecho internacional universalmente reconocidas. Esto significa que Italia, a diferencia de los Estados Unidos o del Reino Unido, reconoce la primacía del derecho internacional y por ende de aquéllos tratados de garantía de los derechos humanos que integran el derecho obligatorio o *jus cogens*. Adicionalmente, su propia Constitución le da al derecho de defensa en juicio el carácter de inviolable en todas sus etapas, garantizándose el asesoramiento letrado a quien carezca de medios para pagarlo.

Los fundamentos jurídicos para la persecución de Suárez Mason en Italia.

El ordenamiento jurídico italiano establece en el art. 7 del Código Penal la posibilidad de castigar la comisión de delitos cometidos en el extranjero cuando afectan bienes jurídicos tutelados italianos en materia de soberanía, en cuestiones de falsificación sellos y moneda, o cometidas por oficiales públicos italianos. También el art. 8 prevé la comisión de delitos políticos en el extranjero estimando en su último párrafo que se considera delito político al delito común cometido contra el Estado o el ciudadano italiano, pero determinado en todo o en parte por motivos políticos⁵¹. Los hechos por los que han sido juzgados Suárez Mason y el resto de los condenados en ausencia que mencionamos al inicio de este trabajo ingresan dentro del tipo que autoriza su juzgamiento por las autoridades italianas. La gravedad de los

⁵⁰ *Daniel Monguya Mbenge v. Zaire*, Communication No. 16/19777 (8 September 1977), U.N. Doc. Supp. N.º. 40 (A/38/40) en 134 (1983). Coherente con lo expuesto en ese fallo es el comentario al art. 14 del Pacto del Alto Comisionado para los Derechos Humanos recordando que cuando excepcionalmente y por razones justificadas se celebren juicios *in absentia* es tanto más necesaria la estricta observancia de los derechos de la defensa. Puede leerse el conjunto de observaciones en el sitio en internet: <http://www.unhcr.ch/tbs/>

⁵¹ Puede controlarse el texto en inglés en el sitio de la Universidad de Georgetown en <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Belize/belize.html>.

bienes jurídicos afectados hace que sea de aplicación el artículo 11 del Código Penal italiano que autoriza la renovación del juicio en los casos previstos por los artículos 7 a 10 del mismo cuerpo legal, lo que se hace específicamente aplicable cuando se ha dictado, como en el caso argentino, disposiciones de impunidad que son violaciones de claras disposiciones del derecho internacional.

Las sucesivas denuncias efectuadas por ante las autoridades consulares italianas de las desapariciones de ciudadanos italianos en Argentina, por la vía de aplicación de las disposiciones penales que se han transcrito quedaron reunificadas ante el Tribunal de Roma donde se inició la acción de instrucción, compilando las pruebas testimoniales y documentales, enfrentándose el tribunal italiano con la franca oposición de las autoridades argentinas para ayudarlo siquiera con las notificaciones⁵². En 1992 un pedido de audiencia de testigos que debía cumplirse por vía de exhorto fue aceptado por Buenos Aires y se fijó fecha para las audiencias lo que motivó el viaje a esta Ciudad de las autoridades italianas. El día fijado para las mismas sin embargo, un fiscal apeló la concesión del trámite al exhorto y la Cámara Federal confirmó la opinión fiscal impidiéndose en consecuencia la realización de las audiencias previstas.

Las autoridades italianas llevaron a cabo los trámites que pudieron por ante las autoridades consulares lo que sirvió para completar en lo posible la instrucción. Los querellantes presentaron un escrito final que hubiera permitido que el Fiscal formulara la acusación y solicitara la elevación a juicio, lo que sorprendentemente no hizo pidiendo en diciembre de 1995 el archivo de las actuaciones. Las razones fueron varias y aparecen enumeradas en el artículo de Maniga citado, pero finalmente el Juez de instrucción italiano convencido de la riqueza de elementos probatorios acumulados invitó al Fiscal a solicitar el requerimiento de elevación a juicio que lo hizo con los siete imputados mencionados al comienzo donde aparece el resto de la historia de este caso.

No debe confundirse, en consecuencia, esta condena italiana dictada por aplicación del principio de nacionalidad pasiva con el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial en el sentido de verse habilitado el tribunal por la comisión de un crimen internacional que abra su competencia.

Conclusiones.

Si se acepta, en consecuencia con los fallos y la doctrina transcritos, que per se la modalidad del juicio *in absentia* no constituye una violación a las reglas del debido proceso, la cuestión que resta por resolver es la de saber si en un proceso de extradición corresponde que el Estado requerido sea el que determine si un procedimiento doméstico del Estado requirente es acorde al debido proceso o no.

⁵² Ver Human Rights Committee General Comment n° 13 #11. Ver también *Poitrimol vs. France*, (39/1992/384/462) del 23 de Noviembre de 1993; *Pelladoah vs The Netherlands*, del 22 de septiembre de 1994, 297-B, Ser. A 23; *Lala vs The Netherlands* del 22 de septiembre de 1994, 297-A Ser. A 13.

Con estas expresas garantías constitucionales a favor de la defensa en juicio y del debido proceso a la que se le suma la sumisión por vía constitucional del derecho doméstico al derecho internacional, y teniendo en cuenta que Italia se encuentra sometida como miembro del Consejo de Europa y de la Carta Europea de Derechos Humanos al control de los organismos de verificación de ese Convenio, no podemos sino concluir que el estado italiano brinda las más amplias seguridades para garantizar el ejercicio del debido proceso a cualquier persona cuya extradición solicite.

No es admisible la injerencia que el Estado requerido pretenda hacer dentro del exclusivo y soberano ámbito doméstico al exigirle el cumplimiento de requisitos que no le son oponibles al Estado requirente, tal como ha sido el supuesto de exigir siempre y como principio la reapertura de un proceso concluido *in absentia*. Como nación soberana la República Italiana asume la plena responsabilidad que le pueda corresponder por cualquier infracción a las claras disposiciones internacionales y nacionales con relación a estos procedimientos y se ha sometido y se deberá someter en el futuro al control que ejercitan los organismos de verificación competentes de la Convención Europea y de los Pactos de 1966 de las Naciones Unidas, siendo improcedente que un Estado se atribuya la función que las convenciones internacionales le otorgan a estos organismos.

En los tramites de cooperación judicial entre los Estados, la evaluación del respeto de los derechos de la defensa, a la luz de los Tratados internacionales de derechos humanos, deberá tener en cuenta las características específicas del ordenamiento procesal del Estado requirente, las garantías que ofrece y el control internacional al que se ve sometido. Equivocado sería en cambio pretender imponer como regla las evaluaciones basadas exclusivamente en las leyes del Estado requerido. Lo que se ha logrado en los hechos con el aumento de los requisitos de control constitucional del derecho interno extranjero es transformar este país en un refugio ideal de delincuentes que en conocimiento de las dificultades que requiere su extradición, evaden la detención impuesta en el extranjero.

En conclusión, cuando se está ante un juicio *in absentia* se debe constatar que hayan sido cumplidos los requisitos mínimos que las Convenciones Internacionales establecen como reglas del debido proceso para lo cual deberá acreditarse haberse hecho la citación del inculpado en regla válidamente y que la ausencia no sea causada por un impedimento en comparecer o una verdadera ignorancia sobre la existencia del proceso por habérselo citado a domicilios inexistentes o donde claramente se sabe que no habita el citado. Habido el procesado *in absentia*, siempre debe existir un recurso para atacar el procedimiento que se hubiera realizado si la declaración que se hizo fue en violación de la regla anterior. Si esa violación se constatará entonces el inculpado tendrá derecho a un proceso nuevo.

5. España (e Italia):

1) En primer lugar veremos la opinión del tribunal constitucional en el año 1986:

La Sentencia del Tribunal Constitucional español de 26 de Noviembre de 1986 consideró que "la situación de indefensión que en la fase sumarial soporta el procesado rebelde no es imputable al juez instructor, sino a la contumacia del procesado, el cual puede hacer cesar aquélla situación desde el mismo momento en que se ponga a disposición de la acción de la justicia, carece de relevancia constitucional la indefensión que se origina por tal situación y que depende de la voluntad propia, aunque ésta venga condicionada en su libre ejercicio por circunstancias de hecho coyunturales, como son enfermedad, cumplimiento de obligaciones en el extranjero u otras análogas".

2) En segundo lugar veremos, dos sentencias del Tribunal Constitucional español, a propósito de pedidos de extradición solicitados por la República de Italia, en virtud de condenas italianas pronunciadas "*in absentia*" del imputado.

España, STC 156/2002, de 23 de julio de 2002.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

En nombre del Rey

la siguiente

Sentencia

En el recurso de amparo núm. 278-2001 (demanda núm. 104-B-2001), promovido por don Giuliano de Montis, representado por el Procurador de los Tribunales don Luis José García Barrenechea y asistido por la Letrada doña Amalia Fernández Doyague, contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 35/2000, de 5 de octubre, y el Auto del Pleno de la misma Sala núm. 71/2000, de 11 de diciembre, que desestimó el recurso de súplica interpuesto contra el anterior Auto, por los que se accedió a la ampliación de la extradición del demandante de amparo solicitada por la República de Italia mediante nota verbal núm. 461, en el expediente de extradición núm. 8/97. Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

...

El examen de la queja del recurrente en amparo debe partir de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 91/2000, de 30 de marzo, según la cual, resumidamente expuesta, el art. 24.2 CE garantiza de forma absoluta (sea cual fuere el foro competente) el derecho del condenado *in absentia* y con penas graves a una ulterior posibilidad procesal de impugnación de la condena, concluyendo de la anterior premisa que es contrario al art. 24.2 CE acceder a las solicitudes de extradición de países que den validez a las condenas a penas graves dictadas en ausencia, siempre que la concesión de

la extradición no quede sometida a la condición de que el condenado pueda impugnar la condena para salvaguardar sus derechos de defensa (FJ 14). A lo que entonces añadimos que de la incomparecencia del imputado en el juicio penal no puede inferirse una renuncia al derecho a la autodefensa (art. 24.2 CE), y ello porque la comparecencia implica normalmente el ingreso en prisión (FJ 15); doctrina que reproducen posteriormente las SSTC 134/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 162/2000, de 12 de junio, FJ 5; 163/2000, de 12 de junio, FJ 2; 110/2002, de 6 de mayo, FJ 4). Ahora bien, precisamente en aplicación de dicha doctrina el ATC 19/2001, de 30 de enero, subraya que de lo que se trata no es de que la Audiencia Nacional requiera a las autoridades italianas la prestación de garantía como condición previa para declarar procedente la extradición de los reclamados, sino de que, al acordarse la procedencia de la extradición, la misma incluya la exigencia de que en el Estado requirente se den al extraditado las posibilidades de impugnación reseñadas, pesando sobre dicho Estado la responsabilidad del cumplimiento de dicha condición a la que se sujeta expresamente el acuerdo de extradición. Por ello concluimos afirmando que "constituye una vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana ... acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa" (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 14; doctrina que reitera la STC 110/2002, de 6 de mayo, FJ 4).

... Así pues las resoluciones judiciales impugnadas condicionan la entrega del demandante de amparo, como señala el Ministerio Fiscal, a que por el Estado requirente se le den las posibilidades para salvaguardar sus derechos de defensa, y para hacer valer las deficiencias de defensa, que su ausencia en el juicio le pudo ocasionar, excluyendo en todo caso la posibilidad de que las autoridades italianas ejecuten directamente pena alguna fundada en una resolución firme anterior a la decisión de entrega, en el supuesto de que hubiera concluido el proceso.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la constitución de la nación española,

Ha decidido

Desestimar la presente demanda de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintitrés de julio de dos mil dos.

Otra sentencia de la cual transcribimos sólo los párrafos más trascendentes, es la siguiente, donde en un mismo caso, los jueces del Tribunal Constitucional español discrepan sobre la violación o no del “derecho de defensa en juicio” en la legislación italiana.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente Sentencia. En el recurso de amparo núm. 3868/1998 contra el Auto 49/1998 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de julio de 1998, dictado en el expediente de extradición 35/1996, que desestimó el recurso de súplica formulado contra el Auto núm. 21/1998, de 4 de mayo de 1998, de la Sección Segunda de la misma Sala, que declaró procedente la extradición solicitada por la República de Italia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido ponente el magistrado don Tomás S. Vives Antón, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

2. Los hechos más relevantes para su comprensión y resolución, tal y como se desprenden de la demanda y de las resoluciones impugnadas son, en síntesis, los siguientes:

a) Por nota verbal núm. 629, de 30 de diciembre de 1996, la Embajada de Italia en Madrid formuló solicitud de extradición de quien en este proceso es recurrente de amparo, nacido en San Lorenzo (Italia), por un total de 11 motivos, de los cuales nueve son órdenes de detención por imputación de delitos no juzgados (apartados 1 a 7 y 10 y 11 del informe del Ministerio Fiscal) y otros dos son órdenes para la ejecución de sentencias dictadas en ausencia del reclamado (apartados 8 y 9 del informe del Ministerio Fiscal). En estas últimas fue condenado a las siguientes penas: doce años, dos meses y quince días de reclusión y medida de seguridad de vigilancia especial de seguridad por un año, en el primer caso; en el segundo, veinte años de reclusión. Al reclamado se le acusa y se le condenó por ser miembro destacado de la organización mafiosa denominada «N'drangheta», dedicada a la venta de sustancias estupefacientes, así como por el asesinato de miembros de otros grupos mafiosos que competían por el control de tales actividades ilícitas, imputándosele un total de 98 asesinatos consumados, 36 asesinatos frustrados, asociación ilícita o terrorismo, detención ilegal, receptaciones, falsificaciones, tenencia ilícita de armas, inhumación ilegal, amenazas y contrabando, entre otros delitos.

...

En efecto, para que exista indefensión constitucionalmente relevante, es preciso que el órgano judicial, en el curso del proceso, limite indebidamente a una de las partes la posibilidad de defenderse, alegando o practicando prueba en defensa de sus propios intereses (SSTC 89/1986, de 1 de julio, 102/1987, de 17 de junio o 145/1990, de 1 de octubre). Por eso, para que un defecto procesal pueda ser apreciado por este Tribunal como vulneración de la Constitución, se requiere que una vez valorada la situación en cada

caso concreto, se produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 48/1984, de 4 de abril, 155/1988, de 22 de julio, 145/1990, 188/1993, de 14 de junio, 185/1994, de 20 de junio, 1/1996, de 15 de enero, 89/1997, de 5 de mayo y 186/1998, de 28 de septiembre). Sobre la indefensión que el art. 24.1 CE proscribire, se ha dicho reiteradamente por este Tribunal que sólo cabe otorgar relevancia constitucional a aquélla que resulta efectiva, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso. De esta manera, la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE no nace de la simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, sino que es necesario que tenga una significación material y que produzca un efectivo y real menoscabo o limitación del derecho de defensa como consecuencia directa de la acción u omisión de los órganos judiciales (SSTC 194/1987, de 9 de diciembre, 155/1988, 43/1989, de 20 de febrero, 123/1989, de 6 de julio, 145/1990, 196/1990, de 29 de noviembre, 154/1991, de 10 de julio, 366/1993, de 13 de diciembre y 18/1995, de 24 de enero, entre otras), toda vez que el recurso de amparo no es una vía orientada a corregir cualquier infracción procedimental, sino exclusivamente aquéllas que produzcan, efectivamente, la lesión de un derecho fundamental (SSTC 34/1991, de 14 de febrero, 106/1993, de 22 de marzo, 117/1993, de 29 de marzo, 180/1993, de 31 de mayo, 15/1995, de 24 de enero, 80/1995, de 5 de junio, 37/1996, de 11 de marzo y 9/1997, de 14 de enero).

...

13. No obstante, nuestra jurisprudencia (SSTC 37/1988, de 3 de marzo, 181/1994, 29/1995, de 6 de febrero y 162/1999, de 27 de septiembre), ha reconocido que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del art. 24 CE y, por lo tanto, que constituye el punto de partida en la fijación del que hemos denominado «contenido absoluto» de los derechos fundamentales que, necesariamente, ha de proyectarse «ad extra».

...

No es necesario determinar aquí si estamos o no ante un derecho irrenunciable. Baste recordar, como ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Barberá, Messegué y Jabardo, de 6 de diciembre de 1988, núm. 82, Oberschlick, de 23 de mayo de 1991, núm. 51, FCB c. Italia, de 28 de agosto de 1991, núms. 33 a 35 y Poitrimol, de 23 de noviembre de 1993, núm. 31), que la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos: de lo contrario podrían legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana. Y, en el caso de los derechos procesales, precisamente por su naturaleza formal, la voluntad de renuncia ha de hallarse, con mayor razón, rodeada de un mínimo de garantías para que no

quede desnaturalizada. Lo que, evidentemente, ocurre en casos como el presente en que, al hallarse el acusado sometido a una imputación que comporta una pena muy grave, la comparecencia implica normalmente su ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de renuncia (en el mismo sentido, STEDH, de 29 de julio de 1998, caso Guerin contra Francia, núm. 43; en términos análogos, ya se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 27 de febrero de 1980 -caso Deweer c. Bélgica, núm. 54).

...

Voto Particular. discrepante que formula don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhieren don Rafael de Mendizábal Allende y don Vicente Conde Martín de Hijas, magistrados del Tribunal Constitucional, a la

Sentencia recaída en recurso de amparo núm. 3868/1998

Mi respetuosa discrepancia con esta Sentencia se debe a una consideración distinta de varias de las cuestiones aquí disputadas y, en primer lugar, a la manera de enfocar el tema.

1. Error de enfoque:

No se tiene en cuenta, a mi juicio, que las garantías que un ordenamiento jurídico establece, para el disfrute de los ciudadanos, adquieren la plenitud de su sentido dentro de ese ordenamiento, concebido este como una estructura. Quiero con esto decir que no cabe valorar una garantía jurídica fuera de su propio ordenamiento. Una garantía en este o en aquél ordenamiento siendo «la misma» no es «lo mismo». Son entre sí «homólogas», no son iguales, ni tampoco distintas.

Cuando la Sentencia afirma (F. 14) que es una violación de las garantías del art. 24.2 CE «acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado puede impugnarlos para salvaguardar sus derechos de defensa», está poniendo esa pieza (la garantía) fuera de la estructura donde estaba contenida (el ordenamiento jurídico español), olvidándose de que la misma garantía puede tener un valor y un sentido distintos en el ordenamiento jurídico italiano.

Creo que la exigencia de un juicio rescisorio de fondo sobre el fundamento fáctico y jurídico de la condena en los casos de contumacia, aunque fuera una integrante de los derechos contenidos en el art. 24 CE (luego veremos que no lo es) sólo tendría un sentido pleno en el ordenamiento español. El ordenamiento jurídico italiano se configura de otra manera.

...

La presencia física del acusado en el juicio no está exigida por el art. 24 CE. Si lo estuviera tendríamos que declarar la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permiten la celebración del juicio oral, sin la presencia del acusado, en determinados supuestos (art. 793.1), o con la ausencia del presunto culpable

de una falta, el cual, sin embargo, puede apoderar a un tercero para que le defienda (art. 970), o con la pura y simple ausencia del acusado (art. 971).

...

Mi opinión, en definitiva, fue denegar el amparo y que el quejoso ante nosotros defendiese sus derechos en los Tribunales italianos, con recurso, en último término, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya sede está en Estrasburgo, Tribunal creado por el Convenio que en 1950 se hizo curiosamente en Roma, capital de la República italiana.

6. Colombia:

A continuación transcribimos una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, donde se ven con claridad los argumentos esgrimidos en pro y en contra del procesamiento en ausencia. El subrayado nos pertenece.

Demandante: Juan Carlos Arias Duque.

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, Santa Fe de Bogotá, D.C. veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

I. Antecedentes.

Ejerciendo la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Juan Carlos Arias Duque presenta demanda contra el artículo 356 del decreto 2700 de 1991 y las siguientes expresiones contenidas en los artículos del mismo decreto que a continuación de cada una de ellas se indican: "o declaratoria de persona ausente", artículos 136 y 313, inciso segundo; "el imputado haya sido declarado persona ausente por delito que no amerite detención preventiva", artículo 384, inciso segundo; "o de la declaratoria de persona ausente", artículo 387, inciso segundo, por considerar que dichas normas violan los artículos 13, 29, 93, 94 y 250 inciso final de la Constitución.

Cumplidos los trámites señalados en la Constitución y la ley y oído el concepto del Ministerio Público, procede la Corte a decidir.

II. Normas acusadas.

Seguidamente se transcriben los artículos 136, 313, 356, 384, 385, 387 del decreto 2700 de 1991, subrayando en las normas parcialmente acusadas la parte que es objeto de demanda.

"Nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano".

"Decreto Número 2700 DE 1991".

"Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal".

"Artículo 136. Calidad de sujeto procesal. Se denomina imputado a quien se atribuya participación en el hecho punible. Este adquiere la calidad de sindicado y será sujeto procesal desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente".

"Artículo 313. Actuación durante la instrucción y el juzgamiento. Iniciada la actuación la policía judicial sólo actuará por orden del Fiscal. El fiscal delegado o la unidad de fiscalía podrán comisionar para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, a cualquier funcionario que ejerza facultades de policía judicial. La facultad de dictar providencias interlocutorias es indelegable".

"Los funcionarios pueden extender su actuación a la práctica de otras pruebas técnicas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión, excepto capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, actividades que atenten contra el derecho a la intimidad, o vinculación de imputados mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente."

"Por comisión del juez respectivo, en la etapa de juzgamiento cumplirán las funciones en la forma indicada en los incisos anteriores".

"Artículo 356. Emplazamiento para indagatoria. Cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante cinco días en un lugar visible del despacho. Si vencido este plazo no hubiere comparecido, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio".

"En ningún caso podrá emplazarse a persona que no esté plenamente identificada".

"Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta a través de orden de captura, vencidos diez días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión y no se obtenga respuesta, se procederá conforme a lo previsto en este artículo".

"Artículo 384. Cancelación de las órdenes de captura. El fiscal que haya impartido la orden de captura está en la obligación de cancelarla inmediatamente cesen los motivos que dieron lugar a ella, so pena de incurrir en causal de mala conducta, sancionable con suspensión hasta de treinta días impuesta por el respectivo superior, previo el trámite previsto en el artículo 258 de este código, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar".

"De la misma manera se procederá en caso de que el imputado haya sido declarado persona ausente por delito que no amerite detención preventiva o que siendo viable dicha medida de aseguramiento concurra causal de libertad provisional".

"Si la pena mínima del delito investigado es o excede de dos años de prisión, se cancelarán las órdenes de captura cuando no se profiera auto de detención o no se resuelva la situación jurídica dentro del término legal".

"De la cancelación de las órdenes de captura se dará aviso inmediato a la Fiscalía General de la Nación, quien a su vez informará a los organismos de policía judicial que lleven un registro de las mismas".

"Artículo 385. Vinculación previa a la definición de la situación jurídica. No podrá resolverse situación jurídica, sin que previamente se haya recibido indagatoria al imputado, o se haya declarado persona ausente".

"Artículo 387. Definición de la situación jurídica. Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria o vencido el término anterior, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar, dentro de los cinco días siguientes, con medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique, u ordenando su libertad inmediata. En este último caso, el sindicado suscribirá un acta en la que se comprometa a presentarse ante la autoridad competente cuando se le solicite".

"Si el sindicado no estuviere privado de la libertad, el plazo para resolver situación jurídica será de diez días contados a partir de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente. El fiscal dispondrá del mismo término cuando fueren cinco o más las personas aprehendidas, siempre que la captura de todas se hubiere realizado el mismo día".

"En los delitos de conocimiento de los jueces regionales recibida el indagatoria el fiscal definirá la situación jurídica dentro de los veinte días siguientes si aquélla hubiere sido recibida por un fiscal de sede distinta".

III. Demanda.

Según el actor, la declaración de persona ausente, prevista en las normas acusadas, posibilita el adelantamiento de un proceso penal "a espaldas del procesado" y, por consiguiente, la violación de los siguientes derechos fundamentales:

a) Derecho a la igualdad, pues no puede participar como sujeto procesal con igual despliegue defensivo al del imputado que es indagado. Por ejemplo: la terminación anormal o anticipada del proceso (37, 37A, 38 y 39 C.P.P.); la reducción punitiva por confesión (299 C.P.P.), por delación (369A, 369C C.P.P.), por restitución del bien objeto del ilícito (374 C.P.P.); la oportunidad en la indagatoria de presentar los hechos favorables (360 y 362 C.P.P.), lo cual obliga al fiscal a realizar una investigación de los mismos (250 inciso final de la Carta); la obligación para el fiscal de presentar al indagado los objetos aprehendidos en la investigación (365 C.P.P.); el reconocimiento en fotografías o en fila de personas (368 C.P.P.) pues del sindicado ausente "se presume su reconocimiento y, por ende, su responsabilidad, sin que la eventualidad de confusiones de nombre o descripción física ninguna incidencia puedan tener en el proceso condenatorio"; la medida de aseguramiento de caución prendaria (393 C.P.P.) de la que no podrá disfrutar, ya que en caso de que se le conceda, se procederá a su posterior revocatoria por el no pago de la misma (397-6 y 417-1 C.P.P.).

b) Derecho al debido proceso, porque en contra del vinculado ausente, a pesar de que no ha tenido oportunidad de ejercer su defensa material, presentando en los distintos momentos procesales su versión sobre los hechos, se puede dictar sentencia condenatoria,

y cuando el condenado es aprehendido, si ya la decisión ha hecho tránsito a cosa juzgada no le queda otro recurso para defenderse distinto al de la acción de revisión, que no obstante contempla causales muy limitadas. Advierte que el trámite previsto en la ley para la búsqueda de la persona que se pretende vincular al proceso es "excesivamente ingenuo y de espaldas a la realidad" y ofrece una posibilidad incluso inferior a la que se contempla en el proceso civil cuando no se puede realizar la notificación personal al demandado y se le nombra curador ad litem, pues en estos eventos la publicación del edicto emplazatorio se hace a través de medios masivos de comunicación y, además, se consagra el grado jurisdiccional de la consulta.

Tampoco existe defensa técnica. El abogado de oficio en la mayoría de los casos no es más que un simple espectador, tiende sólo a "la satisfacción de un requisito de forma para condenar", ya que no puede plantear una alternativa de defensa porque no conoce la situación del procesado, ni está en condiciones de proponer causales eximentes o atenuantes de responsabilidad, ni presentar pruebas, ni controvertir las que se alleguen en contra de su asistido.

El debido proceso implica además el desarrollo de una investigación integral, que en virtud del artículo 250 de la Carta corresponde adelantar a la Fiscalía; no obstante, lo que puede ser favorable al procesado no se puede investigar por ignorancia, pues este aspecto es el que plantea el sindicato al presentar sus exculpaciones.

c) Las disposiciones acusadas vulneran los artículos 93 y 94 de la Carta en cuanto contrarían varios tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que consagran el debido proceso y el derecho de defensa.

Concluye que "El proceso penal no puede seguir sometido al albur de condenas o absoluciones infundadas, de procesos en los que se conoce la verdad a medias, sólo la parte de la verdad que conviene a los intereses particulares. Con esto sólo se logra el aumento de la impunidad y el incremento del sentimiento de desconfianza que se tiene hacia la administración de justicia... y es que con la imposibilidad de condenar ausentes no se estaría auspiciando la impunidad... El proceso quedaría pendiente hasta que la persona sea capturada, aparezca por alguna razón o prescriba la acción penal".

En estos términos, solicita a la Corte declarar inexecutable las disposiciones acusadas y, en caso de que se acceda a su petición, pide que esta entidad se pronuncie sobre la situación de los ya condenados como personas ausentes.

Intervenciones.

A. El Fiscal General de la Nación solicita a la Corte declarar executable las disposiciones acusadas, con los siguientes argumentos:

La administración de justicia tiene por objeto asegurar el bien común y, con su ejercicio se pretende "el descubrimiento de la verdad, en beneficio no solamente de las partes entradas en la relación judicial, de ámbito temporal, sino, primordialmente, de los intereses permanentes de la colectividad"; no obstante, este propósito debe cumplirse "con el imponderable acatamiento de las normas procedimentales de nuestra legislación". Con la declaratoria de persona ausente y el nombramiento de un defensor que lo represente no se pretenden transgredir las garantías procesales del vinculado, sino observar la primacía del interés general sobre el particular.

El procedimiento para declarar persona ausente al procesado y nombrarle un defensor de oficio está regulado de manera integral en la legislación penal. Las normas acusadas constituyen "una secuencia perfectamente lógica y garantista del debido proceso, y en especial del derecho de defensa", pues además del defensor de oficio que ampare los derechos fundamentales del procesado, se prevé la presencia del Ministerio Público dentro del proceso penal. Además, al declarado ausente se le conceden todos los recursos legales para impugnar las decisiones que lo afecten, y en caso de ser condenado puede ejercer el recurso extraordinario de casación, y las acciones de revisión y de tutela.

Las disposiciones acusadas no vulneran las normas de derecho internacional adoptadas por nuestro ordenamiento, pues las mismas Cortes Internacionales han distinguido la realización de un juicio *in absentia* de la negación a un derecho público, y han reconocido la admisibilidad de tales juicios, en algunas circunstancias, en beneficio de una buena administración de justicia.

No puede sacrificarse la administración de justicia "so pretexto de que no es posible, pese a haberse agotado los procedimientos establecidos en la ley, la comparecencia personal de un individuo al proceso; tampoco es conveniente, para la eficacia y celeridad de la misma administración de justicia, que el proceso se paralice indefinidamente en espera de la prescripción de la acción penal, pues ello nos llevaría a institucionalizar la impunidad, y en concreto a la Fiscalía se le haría nugatoria su función básica de perseguir el delito".

B. El apoderado del Ministro de Justicia y del Derecho presenta escrito en el que justifica la constitucionalidad de las normas acusadas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El debido proceso no se viola con la declaración de persona ausente, pues aunque este no se halle presente, "se deben tener en cuenta por parte del fiscal de conocimiento todos los aspectos, favorables o no, que surjan de la actuación en contra de aquél, donde cualquier omisión en este sentido debe subsanarse en el desarrollo posterior del proceso por iniciativa propia o por pedimento de cualquiera de los sujetos procesales, como medio principal para la consecución de una decisión válida".

La ausencia del sindicado no afecta en mayor grado sus intereses, pues estará siempre asistido por un defensor profesional, cuyo criterio siempre prevalece, de conformidad con lo

previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, "siendo más perjudicial para los intereses del procesado la carencia de una defensa técnica, cosa impensable en nuestro sistema, que la falta de defensa material que él mismo ejerce".

"Nuestro ordenamiento permite adelantar procesos penales en ausencia del sindicado, con el fin de que esta circunstancia no afecte el normal desarrollo de las investigaciones, para evitar dentro de lo posible la impunidad, sin que esto signifique el desconocimiento de las garantías procesales que le asisten. Es más, eliminar los procesos adelantados en contumacia con base en los argumentos de la demanda sería tanto como decir que todos los reos ausentes tienen ese carácter por ignorancia o porque la autoridad no desplegó las medidas suficientes para enterarlos y lograr su vinculación, cuando por el contrario, esta circunstancia se presenta en la mayoría de los casos por la intención del imputado de evadir la acción de la justicia".

"La constitucionalidad de la figura del reo ausente se cifra en la previsión del artículo 29 de la Carta, que permite el nombramiento de un defensor de oficio, acto precedido de la declaratoria de persona ausente, legitimando esta figura con el consenso que significó la redacción de nuestra Constitución, que acoge la fortaleza histórica de una figura utilizada desde hace mucho tiempo en nuestra legislación para darle seguridad jurídica a nuestros procedimientos".

El ordenamiento penal consagra una serie de garantías para la persona que comparece al proceso y también para el reo ausente, como la presunción de inocencia y el consecuente beneficio de la duda, la declaración de nulidad de las actuaciones que restrinjan el derecho de defensa, bien por falta de una adecuada defensa técnica, o bien cuando no se atienden en debida forma las peticiones del apoderado tendientes a demostrar aspectos que lo beneficien.

C. El ciudadano Manuel Corredor Pardo, actuando en representación del Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca, y atendiendo la invitación hecha por el Magistrado Ponente, participa en el proceso y solicita que se declare la exequibilidad de las normas acusadas, por las razones que seguidamente se sintetizan:

No se vulnera el principio de igualdad, porque las expresiones acusadas se refieren a dos supuestos distintos, el primero el de la persona que está presente físicamente en el proceso y, el segundo el de aquella que no ha comparecido al mismo. El trato diferente está dado porque el propio procesado se coloca en esa situación de ausencia y, por tanto, no sería justo ni legal concederle "la ventaja del tratamiento legal como si estuviera presente, sumada a las propias de su desleal actuación frente al proceso".

El procesamiento en ausencia no es inconstitucional pues "el sistema penal ofrece un sinnúmero de disposiciones de necesario cumplimiento que permiten atemperar en lo razonable las dificultades propias de un proceso conducido sin la presencia física del sujeto pasivo del mismo. En fin, como la carga probatoria de favor o desfavor -íntegra- del proceso

penal compete en principio a la actividad del Estado, será evidente que la ausencia no vulnera en lo fundamental los derechos de quien es juzgado en ausencia mediante su vinculación ficta por emplazamiento público. Si se pensara en la hipótesis de que el procesado ausente pudo haber aportado una prueba con incidencia en los hechos materia de la sentencia, de modo tal que cambiaran el sentido de la decisión final del proceso, cabe aún la acción extraordinaria de revisión por prueba nueva no conocida en los debates de instancia, o si se falló delictuosamente, o con base en prueba falsa".

Si no pudiera procesarse en ausencia, se llegaría al absurdo de que "la ausencia del autor del delito imposibilitaría la investigación, el juicio y la sentencia, lo cual pugna con el principio más alto y obligante desde el punto de vista del Estado social de derecho de la publicidad y oficialidad de la función de administración de justicia que corresponde al Estado (art.228 C.P.), que el transcurso del tiempo haría finalmente nugatorios por la prescripción de la acción penal. Además, es bueno afirmarlo, la administración de justicia también comprende la decisión de carácter penal que sobre los derechos de las personas que han sido víctimas del delito, y la afirmación de la potestad del Estado de investigar, juzgar y sentenciar por los delitos que afectan las condiciones esenciales de la convivencia colectiva".

V. Concepto Fiscal.

El Procurador General de la Nación (E) rindió el concepto de rigor, y en él solicita a la Corte declarar exequibles las disposiciones acusadas, basado en las siguientes consideraciones:

-El instituto de la declaración de "reo ausente" encuentra su fundamento en los fines del Estado y la función de las autoridades judiciales, en virtud de los cuales se erige el derecho penal "como el mecanismo jurídico adecuado para determinar la responsabilidad de los miembros de la comunidad política en relación con las consecuencias derivadas de sus actos". Teniendo en cuenta que el Estado representa intereses comunes, se predica la oficiosidad de la acción penal y, en consecuencia, "la actividad represora no se puede paralizar ante el evento de que el imputado evada la actuación jurisdiccional al no hacerse presente en el proceso".

"La persona que se ausenta del proceso sin justificación y aunque las autoridades hayan insistido en su debida notificación con el objeto de lograr su comparecencia, sin bien no ejerce una defensa activa y participante, no por ello se encuentra en una situación desfavorable, ya que el Estado provee lo requerido para su óptima defensa a través del nombramiento del defensor de oficio, que si bien "no cuenta con la versión y demás elementos de los cuales el imputado lo pueda proveer directamente, tiene la facultad de acceder al acervo probatorio, de asistir a las diligencias, de recusar a los funcionarios judiciales, de pedir y controvertir pruebas, etc., de manera que desempeña una labor de control respecto de la actividad punitiva del Estado, a la par que garantiza los derechos

fundamentales constitucionalmente erigidos y legalmente desarrollados, en ejercicio de una defensa técnica como la demanda el artículo 29 constitucional".

II. Consideraciones de la Corte

A. Competencia.

Por dirigirse la acusación contra disposiciones que forman parte de un decreto con fuerza de ley, compete a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-5 de la Carta.

B. El Procesamiento en Ausencia.

La demanda se dirige contra la expresión "declaratoria de persona ausente", contenida en los artículos 136, 313, 385, 387; el artículo 356 en su integridad y la parte del inciso segundo del artículo 384 que dice "el imputado haya sido declarado persona ausente por delito que no amerite detención preventiva o que siendo viable dicha medida de aseguramiento concorra causal de libertad provisional", del Código de Procedimiento Penal (D.2700 de 1991).

Según el actor, las normas acusadas, en cuanto permiten adelantar procesos penales con personas ausentes vulneran el artículo 29 de la Constitución al desconocerles el derecho de defensa, pues, en su criterio, el Estado debe esperar que ellas se hagan presentes, en forma voluntaria o mediante captura para poder así adelantar las distintas actuaciones procesales.

1. El derecho a la asistencia de un abogado.

Una de las formas de garantizar el debido proceso y, concretamente, el derecho de defensa del procesado es la contenida en el artículo 29 de la Carta, que le permite al sindicado la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento. Cuando el sindicado está presente en el proceso penal, el derecho de defensa comprende la actividad concurrente de ambos sujetos procesales -el procesado y su defensor-, quienes gozan de amplias facultades para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva, solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen, presentar alegaciones, interponer recursos, etc. El ejercicio de tales atribuciones no es, sin embargo, plenamente coincidente para ambos sujetos, pues en relación con algunas actuaciones, como la indagatoria, la confesión o la terminación anticipada del proceso, sólo el procesado puede ejercer en forma directa su derecho, aunque asistido por su defensor; en otras oportunidades prevalecen los criterios del defensor sobre los del procesado, esto sucede cuando existen peticiones contradictorias entre ambos sujetos procesales (art. 137 C.P.); y en relación con la sustentación del recurso de casación, la facultad del defensor es exclusiva (ibídem).

El procesado puede renunciar al ejercicio personal de su defensa en relación con determinadas actuaciones -aunque no con carácter futuro- y nombrar un defensor de su confianza, en quien delegue plenamente el ejercicio de su derecho. El artículo 139 del

Código de Procedimiento Penal permite, incluso al sindicado que no se hace presente en el proceso, nombrar un defensor que lo represente. Potestad que se adecua a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución que establece que todo sindicado tiene derecho a la asistencia de un abogado escogido por él o nombrado de oficio, y a lo dispuesto en los artículos 14 numeral 3 literal d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 numeral 2 literal d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran que toda persona tiene derecho a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección.

Si el procesado no nombra defensor, por voluntad propia, por imposibilidad económica o por que no está presente en el proceso, el funcionario judicial debe proceder a nombrarle un defensor de oficio, con quien deben surtirse todas las notificaciones y a quien corresponde ejercer el cargo con idoneidad, so pena de que la actuación procedimental quede viciada de nulidad y el profesional sea objeto de sanción disciplinaria.

En el caso del procesado ausente, debe distinguirse entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asiste. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica.

Situación diferente se presenta cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicado la existencia del proceso, pues frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela, siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado.

Quien obre en representación del procesado debe ser un profesional idóneo que dado su conocimiento especializado en la materia, garantice plenamente los derechos fundamentales del procesado y haga respetar el debido proceso, pues la falta de diligencia por parte del apoderado en el cumplimiento de sus deberes da lugar a la imposición de sanciones disciplinarias.

En relación con la necesidad de que el defensor del sindicado sea una persona idónea para que pueda cumplir eficazmente los deberes que le impone el cargo, ésta Corporación ha expresado lo siguiente: "...es voluntad expresa del Constituyente de 1991, la de asegurar

a todas las personas, en el específico ámbito de los elementos que configuran el concepto de debido proceso penal y de derecho de defensa también en el ámbito penal, el respeto pleno al derecho constitucional fundamental a la defensa técnica y dicha voluntad compromete, con carácter imperativo y general, al legislador, a la ley y a los jueces.

"Esto significa, que dichas funciones de defensa del sindicado en las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la disposición legal o reglamentaria que lo permita. Además, dicha defensa técnica comprende la absoluta confianza del defendido o la presunción legal de la misma confianza en el caso del reo ausente; en este sentido es claro que el legislador debe asegurar que las labores del defensor sean técnicamente independientes y absolutamente basadas en la idoneidad profesional y personal del defensor".

De otro lado, cabe recordar que en el ordenamiento penal existe la acción de revisión (art. 232 C.P.P.), mediante la cual se pueden revivir los procesos cuando ya las decisiones han hecho tránsito a cosa juzgada, con el fin de corregir los errores en que se haya podido incurrir por razón de hechos delictivos del juez o de terceros o por el desconocimiento de la existencia de pruebas durante el trámite judicial, o por cualquiera otra de las causales previstas en la ley, acción a la que bien puede acudir el procesado que no comparezca personalmente al proceso por desconocimiento o por que se oculte, a pesar de que el Estado haya cumplido diligentemente su deber de comunicarle la existencia del proceso, e incluso aunque el procesado ausente haya contado con una adecuada defensa técnica, de la misma manera que puede hacerlo el sindicado que haya estado presente durante todo el curso del proceso.

2. Normas acusadas.

Como el actor contrae su demanda en forma exclusiva a la parte de las disposiciones que se refieren a la declaración de persona ausente, por considerar que los procesos penales no pueden adelantarse sin la presencia del sindicado, sin formular reparo alguno a lo que cada una de las normas acusadas prescribe, la Corte limitará el pronunciamiento únicamente a este aspecto, salvo en lo que respecta a los artículos: 356 y al inciso segundo del 384 que fueron demandados en su integridad, dejando vía libre para que se puedan presentar demandas posteriormente con cargos distintos a este.

Los preceptos impugnados contienen en líneas generales exigencias y limitaciones que buscan justamente amparar los derechos de los procesados dentro del proceso penal; así, el artículo 136 señala quiénes tienen la calidad de sujeto procesal y a partir de qué momento adquieren tal calidad; el artículo 313 consagra las actuaciones que puede cumplir la policía judicial durante la instrucción y el juzgamiento e indica cuáles les están vedadas, entre las

que se destaca, la vinculación de los procesados mediante indagatoria o declaración de persona ausente; el artículo 385 establece que antes de definirse la situación jurídica del imputado debe recibírsele indagatoria o declararlo persona ausente, y el artículo 387 establece las formas y plazos para resolver la situación jurídica del sindicado.

Artículo 356 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 356 del Código de Procedimiento Penal establece los requisitos para la declaración de persona ausente. Estos son:

1) Sólo se puede declarar persona ausente a quien esté debidamente identificado. Es decir, no basta solamente conocer el nombre del procesado, sino que es necesario establecer su individualidad, con datos tales como edad, filiación, documento de identidad, lugar de origen y residencia, historia escolar, laboral, etc., que también se exigen respecto del indagado (art. 359 C. de P. P.), con lo cual se busca amparar no sólo al sindicado, sino a terceros que eventualmente puedan verse comprometidos en una acción penal por razones de homonimia.

Sobre la individualización del sindicado, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"Individualizar o individuar significa el proceso más o menos complicado de concretar a una persona, de distinguirla con sus características de todas las demás. Es una tarea de índole originaria que supone la concreción de una persona por la reunión de una serie de elementos que sobre ella poseemos, elementos que provienen de ella misma y que se refieren a sus características, a lo que le es propio como individualidad física o moral.

"Identificar es algo que se haya íntimamente ligado a lo anterior, pero que es, sin embargo, diferente en un sentido amplio, genérico, identificar implica una yuxtaposición, el proceso más o menos complicado de ver si lo que se posee respecto a la individualidad de alguien corresponde, se ajusta a la misma. La identificación es el resultado final a que toda individualización debe concluir. Identificar, pues, no es precisamente descubrir, sino confirmar, realizar un reconocer, acreditar la exactitud de lo individualizado, de lo conocido". (Criminalística, en Enciclopedia OMEBA, Tomo V, pág.119).

...

"Por la primera operación, la de individualizar, se establece que se trata de una persona determinada, de una integridad sicofísica aislada, de alguien que se concreta en la afirmación "Este y no otro". Por la segunda (identificación), se agregan a esa individualización el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc., tal como se ve en el artículo 386 (359 del actual C. de P.P.) que consigna reglas para la recepción de indagatoria".

2) Previamente a la declaración de persona ausente, el fiscal debe realizar todas las diligencias necesarias utilizando los medios y recursos idóneos con el fin de comunicar al imputado la existencia de un proceso en su contra.

El Estado tiene el deber de comunicar oportunamente a la persona involucrada la existencia del proceso que cursa en su contra, e incluso la existencia de la indagación preliminar cuando ésta se adelante, y el imputado esté identificado, con el objeto de que pueda ejercer desde el inicio de la investigación su derecho de defensa. Para ello, el funcionario judicial competente está obligado a utilizar todos los medios o instrumentos eficaces de que dispone, para lograr el objetivo propuesto, como por ejemplo solicitar la ayuda de la policía judicial, pues procurar la comparecencia del procesado a la diligencia de indagatoria es, no sólo un derecho de este, sino un deber del funcionario instructor. Es por ello que la ley (arts. 375 y 376 C. P. P.) concede facultades al fiscal para que profiera orden de captura a fin de lograr que el procesado comparezca a la indagatoria.

La declaración de persona ausente no puede ser la decisión subsiguiente al primer fracaso en encontrar al procesado, pues tal como lo consagra el mismo artículo 356, acusado, sólo es posible vincular penalmente a una persona ausente "cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria". Actuar de manera distinta comporta la nulidad de las actuaciones por violación del derecho de defensa.

En este orden de ideas, no le asiste razón al actor cuando afirma que el trámite previsto para vincular al procesado se limita a la fijación del edicto, pues ésta no es más que una formalidad que opera una vez se han agotado todos los medios materiales de que dispone el Estado para la comunicación del proceso.

El término y lugar dispuestos en la norma para la fijación del edicto (5 días en lugar visible del despacho), así como el plazo previsto para la ejecución de la aprehensión, cuando la comparecencia se intenta a través de orden de captura (10 días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades competentes), son razonables para el ejercicio de los derechos y actuaciones correspondientes y no vulneran, en consecuencia, ningún derecho fundamental del procesado.

3) Para una real garantía del derecho de defensa, el mismo artículo 356 dispone un requisito que debe cumplirse al tiempo con la declaración de persona ausente, cual es el deber de la autoridad judicial competente de designar un defensor de oficio que represente al procesado con el fin de que se le garantice el respeto de sus derechos constitucionales y legales, mediante el ejercicio de todas las facultades estatuidas para ello, a saber: solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen en contra, presentar alegaciones, impugnar las decisiones que le sean adversas, etc. En este orden de ideas no puede afirmarse, como lo hace el actor, que el defensor de oficio no es más que "la satisfacción de un requisito de forma para condenar".

Es de destacar que la búsqueda del procesado para efectos de informarle sobre la existencia del proceso no se agota con la declaración de persona ausente. Este mecanismo que permite nombrar o designar un defensor que represente al procesado ausente y con él adelantar el proceso, no sustituye la obligación permanente del funcionario judicial de

continuar la búsqueda cuando del material probatorio recaudado en el curso de la investigación se hallen nuevos datos que permitan la ubicación del procesado, evento en el cual se debe proceder a comunicarle, en forma inmediata, la existencia del mismo, so pena de vulnerar el derecho de defensa del afectado.

En conclusión, el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal no vulnera la Constitución y, por el contrario, constituye un desarrollo del artículo 29 Superior.

Inciso segundo del artículo 384 del Código de Procedimiento Penal.

El actor formula cargos contra la parte del inciso segundo del artículo 384 que dice "el imputado haya sido declarado persona ausente por delito que no amerite detención preventiva o que siendo viable dicha medida de aseguramiento concurra causal de libertad provisional", como esta última expresión en forma aislada carece de sentido, la Corte se pronunciará sobre el inciso completo del cual hace parte.

El artículo 384 en la parte acusada establece que cuando el imputado haya sido declarado persona ausente por delito que no amerite detención preventiva o que siendo viable dicha medida de aseguramiento concurra causal de libertad provisional, se debe proceder conforme a lo establecido en el inciso primero de la misma disposición, esto es, que el "fiscal que haya impartido la orden de captura está en la obligación de cancelarla inmediatamente cesen los motivos que dieron lugar a ella, so pena de incurrir en causal de mala conducta, sancionable con suspensión hasta de treinta días impuesta por el respectivo superior, previo el trámite previsto en el artículo 258 de este código, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar".

La norma protege el derecho a la libertad de la persona ausente, quien a pesar de no comparecer al proceso goza de los mismos beneficios procesales, como la libertad provisional, concedidos al procesado que esté presente. El inciso segundo del artículo 384 no vulnera, por tanto, los derechos fundamentales del procesado, por lo que será declarado exequible.

Como la declaración de persona ausente dentro del proceso penal no contraviene la Constitución, las normas acusadas que hacen referencia a esta figura serán declaradas exequibles, pero sólo en cuanto se refiere al cargo formulado.

En síntesis, la declaración de persona ausente es una medida con que cuenta la administración de justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el Constituyente le ha asignado y, por tanto, al estar comprometida en ella el interés general no puede postergarse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que este voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba, como lo pretende el actor, sino que la actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicar al sindicado la existencia de la investigación que cursa en su contra y designarle un defensor de oficio que lo represente en el ejercicio de su derecho; además de brindarle mecanismos legales que le

permitan obtener la corrección de los vicios y errores en que se haya podido incurrir por falta de adecuada defensa.

Por último, considera la Corte pertinente señalar que los procesos que se adelanten con persona ausente no vulneran el derecho a la igualdad de los sindicados, pues estos cuentan con las mismas garantías y oportunidades procesales concedidas a quienes están presentes en el mismo, las cuales pueden ser ejercidas por el defensor que el sindicado nombre o por el defensor de oficio que le asigne el funcionario judicial encargado de adelantar la actuación.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional actuando en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE la expresión "o declaratoria de persona ausente", contenida en el artículo 136 del decreto 2700 de 1991, sólo en cuanto se refiere al cargo formulado.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE la expresión "o declaratoria de persona ausente" contenida en el inciso segundo del artículo 313 del decreto 2700 de 1991, sólo en cuanto se refiere al cargo formulado.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 356 del decreto 2700 de 1991.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 384 del decreto 2700 de 1991.

Quinto. Declarar EXEQUIBLE la expresión "o se haya declarado persona ausente", contenida en el artículo 385 del decreto 2700 de 1991, sólo en cuanto se refiere al cargo formulado.

Sexto. Declarar EXEQUIBLE la expresión "o de la declaratoria de persona ausente", contenida en el inciso segundo del artículo 387 del decreto 2700 de 1991, sólo en cuanto se refiere al cargo formulado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

9. Bolivia:

A continuación transcribimos el punto 11 del capítulo primero del trabajo *La defensa pública en América latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno*, realizado respecto de las legislaciones de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá, editado en San José de Costa Rica en 1991 con el apoyo del ILANUD (Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del Delito y tratamiento del delincuente).

11. El procedimiento contumacial.

La posibilidad de conducir y concluir el proceso con una condena, sin la comparecencia del infractor -por razones dependientes de su voluntad- se ha dicho, constituye "una forma de afectar la defensa, que proviene del viejo proceso absolutista, en que se pretendía evidenciar que la voluntad estatal era tan omnímoda que se cumplía aún contra cosas, animales, muertos y ausentes..."

La rebeldía o contumacia, producto de la no comparecencia del imputado (pese a la citación judicial realizada), de su fuga del lugar de detención o del hecho de ausentarse del lugar fijado para su residencia, sin comunicación previa al tribunal, afecta, de distinto modo, el proceso penal, en atención a la etapa en la que se produzca. En todo caso, la causa originaria de esta situación debe, necesariamente, hallarse en la voluntad del perseguido penalmente. De otro modo, la restricción de su participación y del conocimiento de los actos procesales (sobre todo los fundamentales) no encuentra fundamento que impida la violación del derecho de defensa y, en general, del debido proceso.

Se afirma que es imposible la existencia de un proceso penal válido si el imputado no interviene en su tramitación ejerciendo libremente el derecho de defensa. Este deber de intervención necesaria (no facultativa) es el presupuesto de la declaración de rebeldía: el imputado está legalmente obligado a presentarse ante el tribunal cuando este así lo disponga.

Es común a las legislaciones en estudio, la posibilidad de iniciar y concluir la fase investigativa o sumarial en ausencia del imputado. No obstante, con la excepción de Bolivia, en todos los países el procedimiento de debate o plenario debe suspenderse hasta tanto el rebelde sea hallado o comparezca voluntariamente.

Este impedimento para llevar a cabo el debate o plenario en ausencia del imputado, encuentra su fundamento en la seria afectación que se produciría a los principios de necesaria contradicción, intermediación y de defensa material, sobre todo en esta etapa del proceso (base fundamental para la formación de la sentencia).

En todos los países es factible concluir la fase sumarial en rebeldía del imputado. Distinta es la situación cuando el proceso se encuentra en la etapa de plenario o debate. En esta oportunidad, todas las legislaciones (excepto la boliviana), ordenan la suspensión del plenario o debate.

La legislación boliviana prevé el procedimiento en contumacia para el caso de los siguientes supuestos: i. cuando el imputado no comparece después de habersele citado con el decreto correspondiente; ii. cuando el procesado carece de domicilio conocido y se desconoce su paradero; iii. cuando el imputado se fuga del establecimiento penitenciario de detención preventiva; y iv. cuando el imputado no comparece al debate. En todos estos casos, el juez ordena la citación por edicto de prensa otorgando al procesado diez días para su comparecencia. Transcurrido este término sin que se presente, en audiencia se lo declara rebelde y contumaz, se dispone su juzgamiento en rebeldía y se ordena el secuestro

de sus bienes y la suspensión de su derecho de ciudadanía. En la misma resolución judicial se nombra un defensor oficial para que lo represente durante el juzgamiento. Este defensor tiene los mismos poderes, recursos y facultades reconocidos a todo imputado. Finalmente, el fallo que se dicte en el proceso en contumacia, debe ser consultado.

10. Francia:

La legislación francesa, también permite la condena en ausencia. A pesar de la carencia de información precisa en español sobre el sistema procesal penal francés, por considerar este dato de interés, transcribimos parte de una sentencia argentina donde se hace referencia a esta circunstancia. La sentencia, que declara inconstitucional las leyes de obediencia debida y punto final, fue dictada por el Dr. Cavallo, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4, en la causa Nro. 8686/2000 del registro de la Secretaría Nro. 7. La parte pertinente es la siguiente:

“Por su parte, también es de público conocimiento la condena aún vigente impuesta a Alfredo Astiz en Francia por haber sido encontrado responsable de hechos perpetrados en el marco de la represión ilegal. El nombrado fue condenado a prisión perpetua (en ausencia) por la Cour D'Assises de París – 2ème Section en la causa 1893/89.

Legislación Nacional vigente.

Código de Procedimiento Penal de La Nación.

Como se adelantara, dentro de la normativa contenida en el Código Procesal Penal de la Nación, no sólo no se encuentra prevista sino que se ha vedado toda posibilidad de que fuese celebrado el juicio propiamente dicho hasta alcanzar su consecuencia natural cual es la sentencia –ya sea condenatoria o absolutoria- en ausencia del imputado.

Así, luego de determinar en el art. 288 que la declaración de rebeldía procede en caso de que el imputado “... sin grave y legítimo impedimento no compareciere a la citación judicial, o se fugare del establecimiento o lugar en que se hallare detenido, o se ausentare, sin licencia del tribunal, de lugar asignado para su residencia.”, en el art. 290 dispone que “La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción. Si fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fueren indispensables conservar...”.

De este modo, acorde el contenido del artículo transcrito en segundo lugar, pueden distinguirse diversas etapas del proceso en las que puede decretarse la rebeldía del causante, correspondiendo a cada una de ellas consecuencias distintas.

Si la declaración se produce antes de que se haya recibido declaración indagatoria al inculcado podrán agotarse, es decir, llevarse a cabo todas las diligencias que fueren necesarias con objeto de alcanzar los fines del proceso, por supuesto siempre dentro de las

limitaciones que la ausencia del imputado apareja, entre las que puede destacarse la imposibilidad material de practicar el reconocimiento en rueda de personas.

Distinta es la situación si el rebelde ha sido oído en indagatoria, ya que en ese caso, al asumir formalmente la calidad de “imputado procesado”, no podrán practicarse las diligencias que requieran el anoticiamiento previo del imputado, so pena de violentarse el derecho de defensa en juicio de aquél, de modo que la actividad instructoria se encuentra a todas luces mitigada a la mera acción de dar con el paradero del ausente.

Por último, si la desaparición tiene lugar luego de alcanzada la etapa del debate –juicio- el trámite deberá paralizarse en el estado en que se encuentre, por expresa aplicación de los principios de inmediatez y contradicción.

Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires.

El digesto adjetivo adoptado por la provincia de Buenos Aires, se enrola en la corriente que ve al juicio en ausencia del imputado como violatorio de los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio.

En atención a lo expuesto, luego de determinar que “Será declarado rebelde, el imputado que, sin grave y legítimo impedimento, no compareciere a la citación judicial o se fugare del establecimiento o lugar en que se hallare detenido, o se ausentare sin autorización del órgano competente del lugar asignado para su residencia” (art. 303 del CPP), legisla sobre los efectos que acarrea la declaración de rebeldía del encausado, los cuales están contenidos en el art. 305 del código en estudio, el que a continuación se transcribe para mayor ilustración: “La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la Investigación Penal Preparatoria. Si fuere declarada durante el juicio, se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada la rebeldía se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fuere indispensable conservar. La acción civil podrá tramitarse en la sede pertinente. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado”.

En la provincia tal como acontece en la Nación pueden distinguirse dos etapas procesales bien diferenciadas, denominada la primera Investigación Penal Preparatoria durante la cual se efectúa la recolección de la prueba en la que habrá de basarse posteriormente la acusación Fiscal y la segunda etapa, es el juicio propiamente dicho, que es donde se produce la verdadera contradicción entre las partes.

Como sucediera en el Código de Nación, los efectos de la rebeldía difieren según nos encontremos en una u otra instancia y así, se observa que la declaración de rebeldía no suspende las diligencias propias de la Investigación Penal Preparatoria, toda vez que la presencia del encartado no resulta indispensable en esta etapa del proceso, empero impide la apertura del debate –juicio propiamente dicho- o acarrea su parálisis, ya que dicha presencia es considerada fundamental en la instancia de mención.

Constitución de la provincia de Tucumán

Preámbulo

...

Sección VI

CAPITULO UNICO - Bases para el procedimiento en el juicio político.

Art. 110. - El enjuiciamiento político del gobernador y del vicegobernador, de los ministros del Poder Ejecutivo, de los miembros de la Corte Suprema y demás jueces, y de los representantes de los ministerios fiscales y pupilar, se sujetará a las reglas siguientes, que la Legislatura podrá ampliar por una ley reglamentaria, pero sin alterarlas ni restringirlas:

1. Cuando se solicite la formación del juicio político, por uno de los miembros de la Legislatura, o por persona de fuera de su seno, la petición se presentará por escrito y firmada por la parte, no debiendo ser general ni vaga, sino detallada y específica en sus cargos, los cuales irán numerados y resumidos. La petición, sin más trámite será girada a la comisión permanente de juicio político.

2. La comisión permanente de juicio político examinará la petición, y si por mayoría de votos encontrara que el hecho en que se funda, una vez comprobado, merece acusarse continuará con las actuaciones. En caso contrario dispondrá el archivo de las actuaciones, comunicando lo decidido a la Legislatura.

3. La comisión tendrá la facultad de citar testigos de cualquier categoría que sean y aun la de compelerlos en caso necesario, recibir sus declaraciones, y valerse de todos los medios legales para el esclarecimiento del hecho investigado.

4. El investigado, debe tener conocimiento de la denuncia tendrá derecho a ser oído, podrá ofrecer pruebas, y de carearse con los testigos que hubieran declarado.

5. Concluida la investigación por la comisión permanente de juicio político, decidirá por mayoría de dos tercios si formula o no acusación. Si decide formular acusación la sostendrá ante el resto de la Legislatura, constituido en Tribunal.

Si decide no formular acusación dispondrá el archivo de las actuaciones, comunicando su decisión a la Legislatura.

La existencia de la acusación será notificada al interesado, que quedará en ese instante suspendido en sus funciones.

Durante la suspensión sólo percibirá medio sueldo que se le integrará si resultara absuelto.

6. Recibida la acusación por el Tribunal de la Legislatura se señalará día y hora para oír la acusación, citando al efecto al acusado, quien podrán comparecer por sí o por apoderado. Si no compareciese en el término señalado, se le juzgará en rebeldía.

7. El acusado tiene derecho a disponer de una copia de la acusación, que deberá ser fundada y de los documentos que la acompañen y de un término no menor de quince días hábiles para preparar su defensa y exponerla por escrito.

8. Se leerá en sesión pública tanto los cargos o acusaciones, como las excepciones y defensa. Luego se recibirá la causa a prueba, fijando previamente el Tribunal de la Legislatura, los hechos a que debe contraerse y señalando también el término para producirla.

9. Vencido el término de prueba, el Tribunal de la Legislatura, designará nuevamente día para oír en sesión pública, a los acusadores y al acusado sobre el mérito de la prueba.

10. Concluida la causa, los miembros del Tribunal de la Legislatura, discutirán en sesión secreta, el mérito de la prueba, y concluida esta discusión se designará día y hora para la sesión pública, en la que se pronunciará la resolución definitiva que se efectuará por votación nominal sobre cada cargo, por si o por no, dirigiendo el presidente del Tribunal de la Legislatura, a cada legislador una pregunta en esta forma: "Señor Legislador don N.N., ¿Es el acusado culpable o no culpable del crimen, delito, falta o desorden de conducta que se le hace cargo en el artículo... de la acusación?"

El legislador a quien se le haya dirigido esa pregunta, responderá "es culpable" o "no es culpable" según su conciencia jurídica.

11. Si de la votación resultara que no hay número suficiente para condenar al acusado, se lo declarará absuelto. En caso de que hubiere número suficiente de votos para la condena, el Tribunal de la Legislatura procederá a redactar la sentencia.

12. Declarado absuelto el acusado quedará "ipso facto" restablecido en la posesión del empleo, del que se hallare en suspenso.

13. Quedará igualmente restablecido en su empleo si la causa no se hubiera terminado hasta los sesenta días a contar de la suspensión.

14. Para la actuación del Tribunal de la Legislatura no rige el período de receso de las sesiones.

Hipótesis prevista en el art. 345 del CPP. Análisis.

La norma en estudio se refiere a la asistencia y representación del imputado durante la etapa del debate y con referencia a ello dispone: "El imputado asistirá a la audiencia libre en su persona, pero el Presidente dispondrá la vigilancia y cautela necesaria para impedir su fuga o violencia. Si no quisiera asistir o continuar en la audiencia, será custodiado en una sala próxima. En tal caso, se procederá en lo sucesivo como si estuviere presente y será representado por el Defensor. Si el imputado estuviere gozando de libertad y no quisiera asistir o continuar en la audiencia, será autorizado a ausentarse, debiendo procurar el Presidente del Tribunal los medios para poderlo convocar si del debate surgiera la necesidad de su presencia."

El texto expuesto si bien responde a la idea de que la presencia del imputado ante el Tribunal resulta esencial para la viabilidad del plenario y la vigencia de los principios capitales del proceso como son la intermediación y el de defensa, deja entrever que en definitiva el causante no está obligado a presenciar el juicio, de ahí la posibilidad de que aquél sea autorizado a ausentarse voluntariamente del mismo.

Esta posibilidad, prevista expresamente por el legislador, a nuestro humilde criterio constituye el germen de la teoría que acepta la posibilidad de juzgar y condenar a un imputado que se encuentra ausente, ello siempre que se hayan cumplimentado ciertas diligencias que aseguren que la ausencia es, como se dijera voluntaria.

No es el deseo de quienes integramos este grupo de trabajo, adelantar opiniones, las cuales habrán de coronar esta exposición, que pretendemos sea lo más objetiva posible, empero, es nuestro deber, al comentar la información recolectada, al menos eso entendemos, señalar algunos detalles puntuales como el contenido por el artículo estudiado que evidencian la existencia de un derecho superior a los que rigen el proceso, cual es, el derecho a la libertad y consecuente autodeterminación del imputado a elegir la postura que asume frente al juicio.

Constitución de la Nación Argentina

La Carta Magna, regula genéricamente la cuestión procesal en su art. 18 que reza “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”.

Como habrá de advertirse en la Norma Suprema no se prevé expresamente la prohibición de llevar a cabo el juicio en ausencia del imputado, empero, los autores argentinos encuentran esta imposibilidad comprendida dentro de la denominada inviolabilidad de la defensa en juicio.

De este modo, tomando como punto de partida la prerrogativa señalada estiman que avanzar en el debate –etapa del plenario- sin contar con la presencia del encausado constituye una grave violación de su defensa, ya que aquél de este modo no estaría en condiciones de argumentar cuanto considerare pertinente a los fines de justificar su inocencia.

El artículo citado sería entonces el fundamento de raigambre constitucional que protege el derecho de aquéllos que se encuentran sometidos a un proceso penal e impide la prosecución de este último en caso de verificarse la desaparición del sospechado.

No obstante lo expuesto a nuestro humilde criterio consideramos de utilidad recordar otro artículo comprendido en el compendio en estudio, este es el número 19 según el cual

se determina que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

No hemos de avanzar mucho sobre la norma transcrita por cuanto como se dijera, pretendemos efectuar un trabajo objetivo, circunstancia que habrá de quedar plasmada en las distintas opiniones que formularemos individualmente del tema, las que eventualmente pueden disentir, ya que de esta manera nos hemos manifestado –a favor y en contra del juicio en ausencia- durante la elaboración del presente, empero entendemos de vital interés el texto del artículo 19 de la C.N. ya que refiere a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos en cuanto sus actos no afecten al orden, la moral o a un tercero.

Este podría constituir el puntapié constitucional para avanzar sobre la posibilidad de continuar un proceso hasta su instancia definitiva –sentencia- en caso de ausencia voluntaria de quien sufre el mismo.

Al referirnos a la Carta Magna, no debemos desatender los pactos que traen reglas expresas en cuanto al tema en trato. A modo de ejemplo, citaremos el artículo 14, inc. 3º, letra "d" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho del imputado a estar presente en el juicio. Este derecho a la presencia del imputado no sólo tiene que ver con el problema de la rebeldía, contumacia o fuga, sino que tiene que ver con otros problemas más específicos que pueden presentarse en una audiencia de juicio. Tiene que ver, por ejemplo, con el imputado que cae en inconsciencia durante la audiencia del debate o en un estado psíquico temporario o permanente que le impida comprender el objeto de lo que se está haciendo. Tal incapacidad durante el debate impone la suspensión del trámite y eso está específicamente previsto en el artículo 77 del CPPN o incluso la suspensión del debate si esta incapacidad o esta inconsciencia sobreviniese una vez abierta la audiencia, según el artículo 365, inc. 5º del CPPN.

Otro punto en el cual puede haber crisis es el de las reglas de orden que permiten en ciertos casos al tribunal excluir al imputado por su comportamiento en el juicio. No cabe duda aquí que el interés en el orden regular del proceso y de la averiguación de la verdad implica necesariamente dotar al tribunal de ciertas reglas de orden para evitar que el dueño y el director del proceso sean personas distintas al tribunal (por ejemplo arts. 370, último párrafo y 380, CPPN). Sin embargo, aun cuando en principio no cabría objeción frente a casos en los cuales el imputado se transforma en un continuo estorbo para boicotear el progreso del proceso una vez que ha sido abierta la audiencia del debate, el principio de igualdad de armas exige como criterio rector interpretar esto de la manera más restrictiva y más subsidiaria posible porque, existen formas, de todas maneras, de llevar adelante el orden del proceso sin necesidad de llegar a una medida tan incisiva frente al interés del imputado a conocer lo que pasa frente a él.

Esto que sostenemos tan firmemente para el momento de la audiencia de vista de causa podría en realidad reconocer más elasticidad frente a los procedimientos de revisión en sentido lato de la sentencia del tribunal de juicio, porque en realidad en estos casos en los que generalmente se discuten puntos de derecho o interpretaciones jurídicas, la necesidad o la posibilidad del imputado de estar presente en las alegaciones tiene una intensidad menor que en las del juicio propiamente dicho.

Ahora bien, a nuestro criterio cabe mencionar el texto de La ley 23.492 (B.O. 29/12/86) que disponía en su art. 1: "Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley". Por su parte, la ley 23.521 (B.O. 9/6/87) establecía: "Art. 1. Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida [...] En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad. El art. 10.1 de la ley 23.049 mencionado en el texto de las leyes se refiere a los delitos cometidos por personal de las fuerzas armadas y de seguridad, entre el 24 de marzo de 1976 y el 26 de septiembre de 1983, "en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir al terrorismo". Cabe aclarar que las leyes de "punto final" y de "obediencia debida" fueron derogadas por la ley la ley 24.952 (B.O. 17/4/98). Sin embargo, pese a tal derogación, las normas de impunidad conservarían efectos ultra activos por tratarse de leyes más benignas para los imputados y, en consecuencia, deberían aplicarse. Es por ello que sólo pueden dejar de surtir efectos jurídicos con la declaración de invalidez.

Pacto San José de Costa Rica -Ley 23.054-

El veintisiete de marzo de 1984 fue publicada en el Boletín Oficial la Ley 23.054 mediante la cual se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, cuyo texto forma parte de la ley citada.

En dicho pacto, han sido incluidos los derechos procesales considerados fundamentales, los que se enumeraron en el Artículo N° 8 del decálogo de derechos y garantías el cual reza: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,

establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por si mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”.

Como se advierte en el texto transcrito no existe una referencia expresa a la posibilidad o imposibilidad de ser juzgado en ausencia, empero, tal y como ocurre en el análisis de la Carta Magna Nacional, la doctrina mayoritaria, advierte el obstáculo aludido, en el derecho de defensa en juicio.

Constitución de la provincia de Buenos Aires.

Los conceptos vertidos con motivo del análisis de la Ley Suprema Nacional son válidamente aplicables a la Provincial.

En el ámbito local, debemos destacar el artículo 15 donde se hace constar el derecho a “... la inviolabilidad de la defensa de la persona, y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial...”.

Aquí como ocurre a nivel Nacional se encuentra el derecho que acorde a la hoy mayoría de los autores, impediría continuar la etapa del juicio ante la inasistencia del justiciado.

Asimismo, se observan en el Cuerpo Legal que nos ocupa los textos que refieren al libre albedrío de los ciudadanos, esfera ésta de acción que queda librada a la conciencia del autor y fuera de la acción de la autoridad.

Esta posibilidad de autodeterminación se encuentra prevista en los arts. 25 y 26 que respectivamente señalan, “Ningún habitante de la Provincia estará obligado a hacer lo que la ley no manda, ni será privado de hacer lo que ella no prohíbe” (art. 25 de la Constitución, Prov.), y “Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden público ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 26 de la Constitución, Prov.).

Adviértase que los textos reseñados resultan prácticamente la transcripción de lo previsto a nivel nacional, motivo por el cual hemos de remitirnos sin más, a lo expuesto oportunamente, so pena de incurrir en una latosa reiteración.

Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767).

Merece un lugar destacado la Ley 24.767 de Cooperación Internacional en materia penal, ya que en ella expresamente en el artículo 11 se determina que “La extradición no será concedida:... d) Cuando la condena se hubiere dictado en rebeldía y el Estado requirente no diese seguridades de que el caso se reabría para oír al condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia;...”.

Como se observa en esta norma el Estado Nacional, conociendo que en otras latitudes se encuentra previsto el juicio en ausencia del imputado, el cual se entiende contrario a nuestra legislación, toma precauciones a los fines de que sean resguardados los derechos de los ciudadanos argentinos.

En esta inteligencia y como se apuntara limita la extradición en los casos en que no se garantice que el imputado será oído en el plenario, toda vez que dicho acto es considerado como el principal en la defensa de un sujeto.

Esto deviene consecuente con lo legislado en materia procesal tanto nacional como provincial, donde como se consignara anteriormente no se puede continuar con el debate si durante el mismo se verifica la desaparición del imputado.

Así constatamos la congruencia normativa, ya que el Estado Nacional, protege a nivel local e internacional el derecho a la inviolabilidad de la defensa de la persona en juicio, ya sea impidiendo la prosecución del proceso (CPPN y CPPP) o denegando la extradición del imputado cuando no se garantizare que aquél será escuchado en su descargo pudiendo a través del mismo torcer un pronunciamiento jurisdiccional contrario.

Destacamos que el término *protege* utilizado en el párrafo que precede, obedece a que, conforme se entiende al presente, a nivel legal, jurisprudencial y de la doctrina argentina mayoritaria, el juicio en ausencia violenta el derecho a la defensa en juicio, la cual se pone a resguardo merced a las herramientas ya descritas.

Proyecto de Código Procesal Penal para la provincia de Santa Fe.

Este texto elaborado, entre otros, por los Dres. Cafferata Nores, Corvalan, De Olazábal, Ríos, Domínguez, Maier, Rodríguez y Vázquez Rossi, prevé en su artículo 109, al legislar sobre los efectos de la rebeldía que: “La declaración de rebeldía no suspenderá la Investigación Penal Preparatoria, pero el procedimiento se paralizará respecto al rebelde, reservándose las actuaciones y otros efectos, instrumentos o piezas de convicción, que fuera indispensable conservar, no pudiendo formularse la requisitoria de apertura del juicio.”

Hasta aquí no se advierte diferencia alguna con los Códigos estudiados hasta el momento –Nación y Pcia. de Buenos Aires-, empero aquélla se vislumbra de inmediato a poco que se avanza en la lectura del segundo párrafo que reza: “Si la rebeldía se declarara luego de la apertura del juicio habiendo comparecido el imputado a la primera audiencia, no impedirá su total sustanciación y el dictado de la sentencia. En tal caso el imputado rebelde será representado por su defensor o se le designará otro de oficio, y se lo considerará presente para todos los efectos de este Código”; (“Debate sobre el proyecto de Código Procesal Penal de Santa Fe y texto definido” Cafferata Nores, Corvalan, De Olazábal, Ríos, Domínguez, Maier, Rodríguez, Vazquez Rossi; pág. 195; Colección Jurídica y Social, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral).

La divergencia es notable, y demás está decir que, en caso de que el proyecto reseñado tuviera acogida parlamentaria en alguna oportunidad, la provincia de Santa Fe, se encontrará a la vanguardia, al menos a nivel nacional, en cuanto a legislación procesal penal se refiere, y a la altura de países de reconocida trayectoria en materia de evolución doctrinaria como Francia e Italia, donde desde hace tiempo se ha incluido y regulado el juzgamiento en contumacia.

Con ello no se pretende hacer un juicio de valor respecto de la validez o legitimidad de juzgar a un sujeto en ausencia, empero se deja entrever nuestra opinión favorable al respecto, siempre que se tomen, como se adelantara, precauciones suficientes a los fines de impedir que un sujeto sea condenado en desconocimiento absoluto de que se ha abierto un proceso en su contra, circunstancia de extrema gravedad institucional que no puede ser avalada en vigencia de un sistema republicano de gobierno –art. 1 de la C.N.-.

Síntesis de la legislación analizada.

Como se advierte, en la República Argentina los sistemas procesales penales se encuentran enrolados en la solución propiciada por la doctrina clásica del derecho que sostiene, en líneas generales, la suspensión del proceso penal en caso de producirse la ausencia del justiciado, entendiéndose que cualquier posición contraria, atentaría contra la vigencia del debido proceso (art. 18 de la C.N.) y el derecho de defensa en juicio.

No obstante ello, nótese, conforme lo ya reseñado en orden al proyecto de Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe, llevado a cabo por notables autores de

incuestionable idoneidad jurídica, que la tendencia pareciera estar cambiando en dirección a permitir el dictado de una sentencia en ausencia del imputado.

En efecto, esta nueva dirección del pensamiento en materia de derecho procesal obedece, sin lugar a dudas a la contraposición de intereses y por qué no de derechos que emergen de la vida en sociedad, ya que por un lado, existen los mencionados derechos al debido proceso y a la defensa en juicio –que asisten al imputado-, empero por el otro y no de menor cuantía aparece el derecho a la “tutela judicial efectiva” –que asiste a la víctima- que se traduce en la facultad de aquél que ha sido damnificado por una acción delictual de exigir a la autoridad -en este caso a los funcionarios del poder judicial- que se individualice al responsable del mismo y se lo condene en modo eficiente. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en informe N° 34/96 efectuado en causa N° 11.228 ha concluido que “La razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas” (“Proceso Penal y Derechos Humanos” Cafferata Nores, pág. 28, Editores del Puerto).

Opinión de Juan Pablo Piombo:

Sabemos que la tradición jurídica argentina es contraria a la aplicación del “juicio en ausencia” o “condena en ausencia”; sin perjuicio de lo cual, creo que ciertas tradiciones se encuentran cambiando y/o mejorando. Adelanto que mi opinión es a favor del instituto del “juicio en ausencia”, que debería aplicarse excepto en los casos de delitos muy graves, y respetando la defensa en juicio (posibilidad de reapertura del juicio una vez habido el condenado); y que por otra parte, debería modificarse el art. 67 del C.P. estableciendo a la rebeldía como nueva causal de interrupción de la prescripción.

Como hemos visto, hay opiniones a favor y en contra. Hay ordenamientos jurídicos, como el uruguayo, que en la misma constitución nacional prohíben expresamente el juicio en ausencia, mas también hay ordenamientos jurídicos como el italiano y el francés, que han regulado y aplican cotidianamente esta modalidad de proceder en la etapa de juicio. De la misma manera, y con **mucho debate**, existe la discusión a nivel doctrinario y también jurisprudencial. Hemos visto diferentes opiniones, algunas de las cuales son contradictorias entre sí; pero **en todas** las opiniones, incluso las más diversas, hemos visto un profundo respeto por la garantía de defensa en juicio, y este no es un dato menor.

a- Sobre el Juicio en Contumacia.

Intentaré resumir los argumentos esgrimidos por aquéllos que tienen una opinión contraria a la aplicación de este instituto, e iré refutando –con los argumentos de quienes opinan distinto- cada uno de ellos. Tal vez no exista tanta refutación, puesto que es posible que algunos de los argumentos en pro y en contra puedan **complementarse** entre sí, tal como se encuentra implementado este instituto en la legislación francesa.

Veamos:

I. La cuestión central es ¿el instituto del "juicio en contumacia" vulnera la garantía del **derecho de defensa en juicio**? ¿Cuál es el alcance de esta garantía?

Entre las citas de una de las obras utilizadas se puede leer "*... estos acusadores son muchos y me han acusado durante ya muchos años, y además hablaban ante vosotros en la edad en la que más podíais darles crédito, porque algunos de vosotros erais niños o jóvenes y porque acusaban "in absentia", sin defensor presente. Lo más absurdo de todo es que ni siquiera es posible conocer y decir sus nombres...*" Platón, "Apología de Sócrates", Ed. Gredos, Madrid, 1981.

Pienso que Sócrates al cuestionar la falta de defensor y el nombre de sus acusadores, lo que expresa es que no tuvo oportunidad de refutar. La presencia del imputado en el proceso penal tiene como principal fundamento que tenga esa oportunidad de refutar, de discutir civilizadamente en un tribunal sobre la verdad de un hecho pasado, y sobre las consecuencias jurídicas del mismo.

Actualmente se ha dicho que "se descuida el único rasgo que distingue al derecho de la **brutalidad ordenada**".

Respecto de este punto me parece adecuada la opinión del Dr. Manuel Jiménez de Praga y Cabrera (voto en disidencia en la sentencia que se encuentra en el punto 5 del capítulo referido a Legislación y Jurisprudencia comparada), cuando expresa que el "derecho de defensa en juicio" es una garantía reconocida en todo el mundo occidental, y que en cada ordenamiento es valorada de manera similar, pero no igual. Y que hay que entender a cada ordenamiento jurídico como un todo. Agrega que en ese orden de ideas, juega un papel importante el enfoque político. Puesto que en cada etapa de los países, y con cada gobierno, las medidas que se adoptan pueden representar más los intereses de las víctimas que de los imputados. Este, creo yo, que es el punto central del debate sobre los efectos de la ausencia del imputado. Cuál derecho es más importante: ¿el de la víctima que lucha contra la impunidad? ¿O el del imputado cuyo derecho de defensa puede ser menguado? Sobre este punto coincido con el argumento que viene perfilándose en la jurisprudencia supranacional sobre el principio de la **tutela judicial efectiva**, que dicho sea de paso, fue incluido por la reforma constitucional del año 1994 en el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Evidentemente, el derecho penal se encuentra evolucionando en la cuestión de "los derechos de la víctima". La legislación portuguesa, al **impedir que corra el plazo de prescripción durante la rebeldía del imputado**, lo que hace es proteger el interés de la víctima (y de la sociedad toda, claro) y en consecuencia procurar que quien cometió un delito sea sancionado. Esta solución, complementa el principio de la tutela judicial efectiva con el de la garantía del derecho de defensa en juicio.

Sobre la "**regularidad en las notificaciones**", se ha dicho que existe el peligro de error de las autoridades competentes en las reglas observadas para declarar al acusado contumaz o para notificarle los actos procesales. Para evitar este riesgo, pueden tomarse medidas tales como notificar al fiscal y al defensor del auto que declare la contumacia, para que ejerzan control respecto de la forma en que se realizaron las notificaciones.

También se ha entendido que "el derecho a participar en la vista oral y a **defenderse por sí mismo** forma parte del núcleo del derecho de defensa". Puede discutirse el alcance del derecho de defensa, puesto que la ley no dice eso taxativamente. Sin embargo, un sistema que permite la declaración de contumacia luego de que el imputado es notificado de la formación de la causa en su contra, o luego de la declaración indagatoria, respeta plenamente el derecho de defensa, puesto que el imputado conoció la existencia de un proceso en su contra, los hechos que se le imputaron y tuvo posibilidad de refutarlos.

También, hay quienes opinan que se garantiza debidamente el derecho de defensa en juicio con la comunicación al imputado de los hechos que se le imputan y otorgándole la posibilidad de que refute la imputación.

A su vez, se ha entendido que el sistema italiano respeta los "derechos mínimos de defensa", puesto que ninguna sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la regulación italiana viole el derecho de defensa.

En su obra "El problema Constitucional de la extradición de condenados en contumacia" dice el catedrático Fernando Rey Martínez: "Ahora bien, el Tribunal Constitucional italiano ha venido declarando desde la STC 59/1963, de 3 de mayo, que la previsión de un juicio contumacial (regulado actualmente en los arts. 487-490 CPP) no es ilegítima porque "responde a la exigencia de **evitar que el ejercicio de la jurisdicción penal pueda paralizarse por las maniobras del imputado**" y puesto que "**todo el juicio contumacial no comporta restricción alguna de la defensa del imputado** en cuanto la contumacia no está ya relacionada con aquél desfavor que en otro tiempo la rodeaba **pues al contumaz se le reconocen los mismos derechos de que goza el imputado presente**". En este sentido, se ha hecho observar cómo el instituto de la contumacia ha sufrido "profundas transformaciones" en la nueva ley procesal italiana (22 de septiembre de 1988) a fin de cumplir "la primaria exigencia de salvaguardar en el proceso el papel del imputado como sujeto activo de la dialéctica procesal". Se ha regulado con mayor rigor la formulación de las **reglas para la declaración judicial de la contumacia**, en especial los actos de comunicación para que las partes "sean puestas en condiciones de conocer la acusación y de poder determinar libremente comparecer en la vista". Y una vez que se ha declarado la contumacia, diversas disposiciones reconocen al imputado que comparece tardíamente la posibilidad de ser reintegrado en sus derechos y facultades procesales, a la vez que se le reconoce la posibilidad en toda fase y grado del proceso, incluso en sede ejecutiva, de

"hacer sentir su voz y de rendir la declaración (art. 494 CPP) que estime oportuna para su defensa".

Para terminar con este punto, hay que dejar bien claro que según el Tribunal Constitucional italiano, **el derecho de defensa comprende también la facultad de no comparecer a la vista oral** sin que esto impida su celebración. Y hasta tal punto llega esta convicción italiana que el máximo órgano de interpretación constitucional de ese país, en su Sentencia n. 301 de 1994, de 15 de julio, ha declarado inconstitucional una disposición del Código militar de procedimiento penal (art. 365.1 y 2) que obligaba al imputado a comparecer personalmente en la vista, sin permitir su consentimiento para que la vista se desarrollara en su ausencia. Esta concepción choca con la vigente en nuestro país (donde el derecho fundamental a comparecer es también una obligación), pero sólo por eso no se puede concluir que aquélla sea inválida y ésta correcta. Puede ser que sea parte de la evolución del pensamiento en materia penal, puesto que antiguamente se consideraba una obligación comparecer al juicio, y se presumía la culpabilidad del contumaz.

II. Sobre que se vulnera el derecho de **igualdad** ante la ley, creo que este es un argumento débil, puesto que es corriente entender que debe darse la igualdad siempre que se trate de circunstancias similares. Tal vez, el sistema argentino actual premia a los rebeldes (contumaces) que en definitiva no son condenados, y castiga a quienes se sujetan a la acción de la justicia que en definitiva son condenados y cumplen pena. ¿Esto es igualdad según el art. 16 de la C.N.?

III. Sobre la posibilidad de **revisión ulterior de la sentencia dictada en ausencia**, hay que tener en cuenta que en Italia solo se permite el "recurso a término" si el condenado/acusado demuestra que no intentó eludir el accionar de la justicia.

Citando a un catedrático español que trataba el tema de la extradición de un condenado en contumacia (Fernando Rey Martínez de la Universidad de Valladolid), opino que si bien en "determinadas condiciones, atendiendo a intereses que son dignos de protección, puede admitirse la condena en ausencia penal"; "lo que de ningún modo resulta compatible con el contenido absoluto del **derecho a un juicio justo** es la condena "*in absentia*" sin la posibilidad ulterior de subsanar el déficit de garantías que la falta de presencia del acusado haya podido ocasionar en los procesos penales seguidos por delitos muy graves... en tanto expone al extraditado a una "flagrante denegación de justicia".

El *sistema francés* admite que la vista oral pueda desarrollarse en contumacia, pero prevé, en el caso de la posterior comparecencia del inculpado, un remedio purgativo para anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al mismo grado en el que ésta fue dictada.

La C.S.J.N. (argentina) ha establecido –al resolver sobre extradiciones– que viola la defensa en juicio el estado requirente, cuando el proceso no puede reabrirse con la presencia del imputado. Lo cual demuestra que si pudiera reabrirse el proceso, el máximo tribunal argentino concedería la extradición a los condenados en ausencia.

Y en este sentido el Dr. Maier sugirió que se estipule la Revisión del Procedimiento, en los casos en que se ofrezcan nuevas pruebas o se sostenga la inexistencia de alguno de los presupuestos que motivaron la condena.

En igual sentido dice la Ley 24.767 que *“La extradición no será concedida:.. d) Cuando la condena se hubiere dictado en rebeldía y el Estado requirente no diese seguridades de que el caso se reabría para oír al condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia;...”*.

IV. Sobre la gravedad de los delitos, se ha dicho que debe impedirse el juzgamiento en contumacia en los casos de **delitos muy graves**. En este punto, creo que generar una escala de garantías puede atentar contra el principio de igualdad. Sin embargo, estimo que no es lo mismo una falta que un delito correccional, y también es distinto un delito criminal. *Existe* la diferencia de otorgar mayores garantías a los juicios criminales, y menores a los juicios sobre faltas. Por lo tanto cabe concluir que según la gravedad de la infracción (valorada según la sanción que pueda recaer) que se imputa a un sujeto, este es sometido a un juicio con más o menos garantías, con un límite mínimo en el juicio contravencional y un límite máximo en el juicio criminal. Es cierto por tanto que el sistema debe darle mayores garantías a aquél sujeto que se encuentra con riesgo de padecer una pena más severa. En definitiva, la cantidad de garantías que se den al imputado en cada tipo de procedimiento, es *una cuestión política*.

V. Otro punto es si el inculpado que decide no comparecer sigue gozando del derecho a disponer de la asistencia de un **defensor de su elección**. En general entiende la jurisprudencia que quien no comparece no puede ejercer el derecho de designar el defensor que desee sino que debe conformarse con el que le sea designado de oficio.

Creo que si entendemos que el imputado tiene derecho de comparecer o no, también tiene derecho de elegir a su defensor, ya sea que el sujeto esté presente o no. Y además en todos los demás casos, aún en aquéllos en que se encuentre con pedido de captura, creo que debe respetarse su derecho a contar con un abogado de su elección.

VI. Sobre el **proceso italiano**, coincido con quienes opinan que se incumplen dos condiciones fundamentales: la no consideración de la gravedad de la pena para limitar el juicio contumacial y, la inexistencia de un medio de impugnación posterior que pudiera provocar la anulación de la sentencia condenatoria y la repetición del juicio con la presencia del inculpado.

VII. También existe una objeción práctica de que, excluida la contumacia, es fácil al culpable eludir definitivamente la sanción, huyendo de la acción de la justicia o, sobre todo, abstenerse de comparecer en el juicio hasta que no transcurra el plazo de **prescripción** del delito.

b- Sobre su aplicación en la provincia de Buenos Aires.

Tanto en sistema inquisitivo, como en el acusatorio y también en el sistema mixto, el fundamento principal del dictado de **medidas de coerción** durante la tramitación del proceso es la existencia de condiciones que hacen presumir que el encausado habrá de evadirse de la acción de la justicia, frustrando con su conducta los fines del proceso.

Entonces, la instauración del juicio en contumacia permitiría: que la fuga del imputado no interrumpa la prosecución del proceso, puesto que en caso de rebeldía seguiría el juicio hasta el final, cumpliéndose además con el mandato de permitir al imputado permanecer en libertad durante la tramitación del proceso, y desde el punto de vista político presupuestario, descongestionar las cárceles con la libertad de los procesados, que además redundaría en buena imagen internacional para el país. Hasta aquí los aspectos positivos. Mas también debe tenerse en cuenta que la ciudadanía podría percibir que quien comete un delito no es castigado. Por tanto, deben tenerse en cuenta estos elementos, y tal vez otros muchos más, a la hora de decidir.

Particularmente, estimo que debiera ponerse un tope, un límite que divida a los delitos graves (como por ejemplo tipos que prevén **seis años** de prisión como máximo, como lo es actualmente en el orden excarcelatorio) estableciéndose en estos casos la prohibición del juzgamiento en contumacia, para asegurar mayores garantías al imputado en esos juicios, y a la vez, la prohibición de que el procesado permanezca en libertad durante la tramitación de ese tipo de procesos.

En similar sentido se expresó el Dr. Maier en su proyecto de Código para Iberoamérica, diciendo que el Ministerio Público podrá acusar a un ausente y requerir para él la apertura del juicio, cuando la escala penal aplicable al objeto del procedimiento no supere el **límite de la condena condicional** o de la suspensión condicional de la pena, o se tratase de una pena no privativa de libertad, agregando que también podrá continuar el proceso cuando su rebeldía se produzca durante el debate y él haya prestado declaración sobre la acusación, siempre que el tribunal no considere necesaria su presencia.

Respecto de la opinión de la mayoría de los autores respecto a que la condena en contumacia está prohibida por la **Constitución Nacional (art. 18)**, opino lo contrario, y fundamento esta posición en que si así fuera, resultarían inconstitucionales las normas provinciales que lo admiten, como el art. 124 del C.P.P. de la provincia de Córdoba o la misma Constitución de la provincia de Tucumán que permite la condena en ausencia en los casos de juicio político.

¿Existe el juicio en ausencia en el C.P.P.? Considero que **sí**. El art 345 del CPP dice: "El imputado asistirá a la audiencia libre en su persona, pero el Presidente dispondrá la vigilancia y cautela necesaria para impedir su fuga o violencia. Si no quisiera asistir o continuar en la audiencia, será custodiado en una sala próxima. En tal caso, se procederá en lo sucesivo como si estuviere presente y será representado por el Defensor. Si el imputado estuviere gozando de libertad y no quisiera asistir o continuar en la audiencia, será

autorizado a ausentarse, debiendo procurar el Presidente del Tribunal los medios para poderlo convocar si del debate surgiera la necesidad de su presencia.”

Finalmente, y desde el punto de vista estrictamente de mi experiencia profesional quisiera decir que es muy difícil explicar a los familiares de las víctimas (de homicidios, abusos sexuales, lesiones, estafas, etc.), que el proceso se encuentra paralizado por la rebeldía del imputado. También es difícil luego explicar que la causa **prescribió**. A las víctimas o sus familiares les decimos –cotidianamente- "La ley lo permite, señora", "para cambiar la ley hace falta otra ley, y eso lo tiene que reclamar en el poder legislativo provincial que queda en la calle...". Estimo que si las leyes fueran más simples y claras, se podría transmitir a la ciudadanía la imagen de que la justicia es justa, imagen que está necesitando desesperadamente el ciudadano común de nuestro país. Y en este marco, creo que una norma que disponga que la declaración de rebeldía es una causal de interrupción (agregándola al art. 67 del C.P.), resulta necesaria para evitar la impunidad.

Opinión de Fernando M. Siquier Rodríguez:

En primer término, debo decir que me resultó bastante satisfactorio el desarrollo y la investigación del tema que ahondamos copiosamente, es decir, “Proceso Contumacial” o “Proceso Penal en Ausencia del imputado”, ya que dicha cuestión genera, por lo que pude observar en el campo de la doctrina y de la legislación comparada, opiniones muy disímiles y encontradas.

Ahora bien, el interrogante que nos propusimos dilucidar es ¿podría ser viable la aplicabilidad del instituto en trato, en la Provincia de Buenos Aires?.

En cuanto a ello, debo realizar la siguiente opinión teniendo en cuenta que la garantía constitucional del debido proceso para la Corte Suprema de Justicia Nacional, en materia penal ha sido arbitrada fundamentalmente a favor del acusado, toda vez que es compatible con el sentido del principio supremo de la justicia como valor, que no es otro que el de crear un ámbito que permita personalizarse al individuo.

Si analizamos el Art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el espíritu de la Constitución Nacional y el Pacto de San José de Costa Rica, podemos observar que “se le confiere al imputado una serie de poderes jurídicos a fin de que se halle en condiciones de realizar una oposición útil y eficaz a la atribución delictiva que se le realiza, siendo así elevado al rango de sujeto del proceso y no mero objeto de persecución penal”.

Por lo mencionado, de más está decir que mi opinión es desfavorable a la viabilidad del “Proceso Contumacial” en la Provincia de Buenos Aires, en virtud de algunas de las siguientes consideraciones que paso a exponer.

En primer término y como ilustrativo, estimo conveniente transcribir la opinión del Dr. Clariá Olmedo, quién dijo: “el fallo condenatorio sólo puede fundamentarse en los actos del debate donde el imputado haya tenido efectiva participación”.

Entonces y ya abordando la problemática actual, creo que no podemos dejar de hacer hincapié en la debilitación que actualmente sufren nuestras instituciones, dentro de lo que cabe incluir, necesariamente, al Poder Judicial. Con este panorama tan particular y considerando que el Poder Punitivo Judicial debe ser el filtro del Poder de Policía, al que diariamente debemos restringir y seleccionar en nuestra labor diaria, me cabe preguntar si estamos o no capacitados para llevar a cabo en nuestra inmadura sociedad, un proceso tan controvertido y tan (¿beneficioso y estadístico?), pero que seguramente serviría para que se vulneren derechos y garantías, ya que a la fecha, no creo que se ha podido controlar fehacientemente este poder.

Si bien es cierto, que la sociedad en su mayoría solicita diariamente que el Poder Judicial le otorgue una respuesta concreta cuando se halla en situación de víctima, no es por ello menos cierto que la historia tan reciente de nuestro país, nos obliga a recapacitar y preguntarnos si efectivamente podemos condenar en ausencia al sujeto principal del procedimiento penal, que es sin duda por quien se establecen la mayoría de las garantías constitucionales y en definitiva es a quien más debe respetarse en el procedimiento, aunque gran parte de la sociedad actual entiende que es la víctima de un ilícito el protagonista esencial de la maquinaria puesta en funcionamiento a partir de una conducta típica, antijurídica y culpable.

También es real que deberíamos otorgarle un mayor control del proceso a quien fuera víctima del mismo, pero quizá ello resulta ser otra cuestión controvertida del ordenamiento penal vigente y que no es la que decidimos analizar con detenimiento, pero sobre la que también tengo una opinión formada.

Por ende, no niego que el Estado debe garantizarle a la víctima un juicio en el que ésta vea que se repara el daño sufrido, que tenga derecho a exigirle al Estado un resarcimiento y que observe como la sociedad condena moral y penalmente al que le vulnerara un derecho y le causare un daño, pero también entiendo que la víctima de un delito no se vería completamente satisfecha con la condena en ausencia de quien le causare un perjuicio, todo lo contrario, entendería que el Estado no pudo utilizar debidamente las herramientas con las que cuenta para poder hallar efectivamente al imputado de un delito determinado y así obligarlo a que comparezca por ante el Tribunal en lo Criminal y ser sometido voluntaria o compulsivamente al Poder del Estado.

Pero retomando la línea de pensamientos de algunos distinguidos juristas, debo transcribir textualmente lo manifestado por el Dr. Julio B. Maier, opinión que destaco por su claridad "la razón de ser de la prohibición es clara, el procedimiento penal no se satisface, como el civil, por la importancia de las consecuencias que de él se derivan, con sólo conceder una posibilidad cierta de defenderse, sin controlar de hecho que quien se defienda pueda, realmente, ejercer esta defensa; al contrario, necesita verificar de cuerpo presente, que el imputado sea idóneo para intervenir en el procedimiento (capacidad) y esté en

condiciones para ejercer las facultades que, al efecto, le concede la ley y el proceso penal. De la misma manera se debe apreciar la necesidad de la defensa técnica del proceso”.

De esta irrefutable opinión, rescato por sobre manera, la explicación que nos otorga el distinguido jurista, en cuanto al fin del proceso penal y a las consecuencias que de allí se derivan. Por eso, creo firmemente que a la persona que más le interesa que el proceso penal sea efectivamente “justo” es al propio encausado, ya que es su propia libertad individual la que se somete a proceso.

Asimismo, y mientras desarrollaba parte de la extensa labor, me surgió un interrogante que pude desentrañar fácilmente con la presente opinión, ¿es posible que por culpa, ineficacia u holgazanería del Estado, que es el que cuenta con el aparato para poder llevar a cabo debidamente el proceso penal, deba necesariamente vulnerarse un derecho o una garantía –según el autor- del sujeto esencial del proceso, que es a quien por sobre manera debe cuidarse durante el transcurso del mismo?.

A dicha inquietud le encontré una rápida respuesta y la sustenté con la idea de que no es posible ni justo realizar una “transmisión de culpas y responsabilidades”, porque si bien el Estado Argentino hoy sufre una crisis moral, política e institucional, no deja de ser cierto que como todo “Estado de Derecho”, éste cuenta con todo el “aparato técnico” para poder hallar a los rebeldes o fugados (demasiados por lo que pude enterarme a través de las noticias periodísticas) y así poder someter a los mismos a un procedimiento justo y efectivo.

Si lo que buscamos a diario es perfeccionar la sociedad de la que formamos parte cada uno de nosotros, no debemos encontrar en un remedio peligroso la solución para una grave crisis institucional, todo lo contrario, debemos, a mi entender, tratar cada uno desde el lugar que ocupa en la comunidad como ciudadano, colaborar para que no se cometan arbitrariedades y posibles abusos.

Bien, situémonos en el lugar de imputado y preguntémosnos si nos gustaría que nos condenen en ausencia y halláramos inmediatamente una respuesta sincera.

Además de ello, creo que no existe mejor defensa que la que podría llegar a ejercer el propio encausado en la Audiencia de Debate, más allá de la defensa técnica imprescindible y sumamente útil para el debido cumplimiento de un proceso legal. Si bien es cierto que son pocas las veces que la presencia “real” de los encartados en las audiencias, resulta indispensable para la averiguación de la verdad y por consecuencia para la culminación del Debate Oral, no deja de ser a la postre prematuro pensar que en nuestro ordenamiento legal vigente, al menos hoy, no sea imprescindible requerir la debida intervención de quien podría verse sumamente perjudicado en cuanto a la pérdida de derechos.

Es lógico el razonamiento de que la contumacia se obtiene por una voluntad del imputado de no sometimiento al proceso, toda vez que fue debidamente notificado de su realización, pero no encuentro, en la condena en ausencia, un interés ni de prevención ni de reparación que podríamos utilizar como argumento favorable.

En otra línea de pensamientos, desde ya adelanto que comparto la opinión de que debería modificarse el texto y espíritu del Art. 67 del C.P., toda vez que considero que la rebeldía “voluntaria” tendría que ser causal de interrupción de la prescripción, para así poder cumplir con la exigencia que quien comete un delito determinado deba cumplir la pena que le fuera impuesta, ello resulta claro con el ejemplo que brinda el Dr. Héctor C. Superti, de los dos imputados que por el mismo delito, uno de ellos se somete al proceso, mientras que su consorte de causa se fugó, viéndose éste finalmente beneficiado por la incompetencia del Estado.

Ahora bien, retomando la cuestión fundamental del trabajo y de esta opinión, y para finalizar con mis argumentos, quiero dejar aclarado que por cuestiones de política criminal podría llegar a ser beneficioso la aplicación de este instituto, el Procedimiento Penal en ausencia, por el hecho que se incrementaría la cantidad de condenados y se disminuiría la de procesados, pero esto no deja de ser un remedio “sumamente popular y exitista” para una sociedad que da un paso adelante pero que retrocede inmediatamente dos.

Entiendo que vulnerar ciertas garantías que otorga la Constitución Nacional, como “el derecho de defensa” para poder “mejorar las estadísticas y los problemas de seguridad”, resulta a las claras aventurado, ya que en la Carta Magna existen algunos Fundamentos que le dan base a los Derechos y Garantías que se protegen (citando como ejemplo de ello, el “Principio de Inocencia” y el “Derecho de Defensa”, el que a mi entender comprende la facultad del imputado de ser oído, de controlar la prueba de cargo y de exponer las razones para obtener del Tribunal una sentencia favorable) y que resulta ser específicamente el “Principio de Inocencia”, el que se ve reforzado con la prohibición del Proceso Contumacial, tal como argumentó el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni en el Título II “Las Garantías en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal” de la obra “El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos en Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y España”.

Como colofón, entiendo que es función indispensable del Estado, verificar, de cuerpo presente, que el imputado sea idóneo para ejercer las facultades que le otorga la ley de procedimiento penal, toda vez que en caso de no ser así, bien podría estar condenándose a quien por determinadas razones se hallare privado de comprender la criminalidad, resulte ser sumamente peligroso, y que si bien ello se subsanaría con la posterior comparecencia del imputado y con la posibilidad del Juicio de Revisión, creo entre otras cosas, que por razones de economía procesal, debería ser el propio Estado quien debe aplicar todo el poder para hallar a un sujeto “rebelde”, y no realizar un juicio que posteriormente (con la comparecencia del encartado) sería revisado y decretado nulo.

Para concluir me parece prudente transcribir el siguiente fallo: “el derecho de defensa se satisface con que las partes tengan, en la oportunidad y formas prescritas por la ley, la

posibilidad de ser oídas respecto de todos y cada uno de los elementos probatorios incorporados al y para el proceso” (SCJBA; P43.536, 9/3/93).

Opinión de Juan Pablo Tahtagian:

Con objeto de no incurrir en reiteraciones inoficiosas, habré de ceñirme a las conclusiones a las que he arribado luego de la tarea de investigación desarrollada.

Adelanto que mi criterio, no se ha modificado en lo sustancial, respecto de aquél que sustentara al inicio de este trabajo, debiendo sí destacar que se ha visto complementado en gran medida por los conceptos adquiridos y que fueran expuestos por autores de gran trayectoria como los estudiados.

Como puede advertirse de la lectura de la doctrina recopilada, los argumentos por los que los procesalistas argentinos proscriben toda posibilidad de desarrollar el juicio penal en ausencia del imputado reposan sobre dos principios de raigambre constitucional, el de la inviolabilidad de la defensa, o derecho a la defensa y el de inocencia.

Esta posición que exige la presencia física del imputado, da lugar a la aparición de las denominadas medidas de coerción.

Dichos institutos rituales, entre los que cabe destacar la prisión preventiva por ser la que afecta en mayor medida los derechos del sospechado, tienen por finalidad principal garantizar que el enjuiciado habrá de estar presente durante la etapa del debate.

Entonces, ¿acaso es el remedio peor que la enfermedad?

Dicen que la imposibilidad de desarrollar el juicio en ausencia del imputado es una garantía impuesta en su favor, y en ella fundan el encierro preventivo.

Habré de estar confundido o una prerrogativa que se señala favorece a los imputados termina perjudicándolos.

Quisiera saber qué pasa por la mente de un sujeto a quien se está sometiendo a un proceso penal y se le explica que es inocente hasta tanto se demuestre que ha sido autor del ilícito que se le reprocha, empero se le informa que habrá de quedar detenido, por cuanto, en mérito a los elementos de cargo incorporados “parece” ser el responsable material de aquél injusto.

Estimo que aún aquéllos versados en las ciencias del derecho no encuentran una respuesta aceptable al interrogante planteado.

Sin lugar a dudas, la posibilidad de llevar adelante, siempre que se reúnan ciertas garantías, un juicio en ausencia del imputado deviene propio de un sistema procesal maduro y eficiente.

Maduro, porque evidentemente la viabilidad del juicio en ausencia hecha por tierra la necesidad de legislar en materia de medidas de coerción, las cuales por su carácter preventivo y el fin que persiguen devendrían innecesarias.

Eficiente, porque no podría tolerarse demora en el desarrollo de la etapa sumaria y plenaria, toda vez que hasta tanto se resuelva en forma definitiva sobre la inocencia y/o responsabilidad del imputado aquél gozará de libertad ambulatoria, de modo que en caso de demostrarse que aquél ha observado una conducta antisocial, mediante la CONDENA, en forma inmediata, habrá de recibir el castigo que le corresponda, el cual como se advierte, es alcanzado una vez descubierta la verdad formal contenida en la sentencia dictada por el Tribunal interviniente, desapareciendo así toda controversia respecto del carácter de sanción anticipada que se le asigna a las restricciones a la libertad impuestas durante el proceso.

Al referirme a las garantías que a mi juicio debieran asegurarse, hago referencia a la necesidad de que la existencia del proceso haya sido anoticiada a quien se encuentra sometido al mismo, es decir al imputado.

Más aún, estimo prudente se exija que aquél haya tenido la oportunidad de expresarse, esto es que haya sido citado a prestar declaración indagatoria o a tenor de lo normado por el art. 308 del CPP, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

Durante dicho acto, debe como es al presente, ponerse en conocimiento del causante el hecho que se le endilga y cuál es la calificación legal atribuida al mismo, hacerle denunciar su domicilio real en el cual habrán de practicarse las futuras notificaciones, con el agregado que deberá señalarse el derecho que posee de presenciar las diligencias instructorias que se realicen durante el proceso, el cual no habrá de interrumpirse en caso de que aquél se ausente –rebeldía- del lugar de residencia fijado, donde se presumen válidos todos los anoticiamientos que se cursen, salvo modificación del mismo que fuere puesta en conocimiento del a autoridad en debida forma.

El silencio del imputado no es óbice a la viabilidad del juicio en contumacia por cuanto lo que se requiere es que aquél haya tenido la oportunidad de expresarse, no que efectivamente lo haya hecho, y que haya sido anoticiado de que el juicio habrá de continuar no obstante su actitud evasiva frente al mismo, la cual sólo habrá de perjudicarlo, por cuanto, quién mejor que el propio interesado para demostrar su inocencia.

Cumplido ello, el imputado estará en condiciones de evaluar la necesidad de estar presente o no durante la etapa del juicio lo que constituye una decisión cuya responsabilidad corre pura y exclusivamente por parte de quien la asume, es decir del encausado.

Por supuesto que, más allá de cuanto resuelva el sujeto, su defensa será ejercida por el Defensor Oficial en caso de que no hubiere designado algún letrado de su confianza a tal efecto.

Sin lugar a dudas, es un requisito “sine qua non” que los sospechosos gocen de asistencia técnica, a los fines de garantizar el debido desarrollo del proceso.

La ausencia del imputado de ningún modo puede ser tenida como indicio de responsabilidad, toda vez que la inocencia se presume y es el acusador quien debe enervar dicho estado.

En mi humilde criterio la posibilidad de desarrollar el juicio en ausencia del imputado, sólo aportaría ventajas al sistema procesal vigente, ya que los ciudadanos no tendrían temor a sufrir restricciones a su libertad hasta tanto exista un pronunciamiento definitivo, de modo que a los fines de evitar un pronunciamiento contrario a sus intereses, tendrán la posibilidad de participar del debate, aportando todo aquello que pueda ser útil a su descargo.

Cuando la ausencia es voluntaria no se viola el derecho de defensa si se sigue el juzgamiento adelante, ya que esa voluntad de sustraerse del juicio está denotando la decisión de no ejercer determinados derechos, o mejor aún disponer de ellos no ejerciéndolos.

Otra cuestión que no debe soslayarse, es el premio que va de la mano de la imposibilidad de desarrollar el juicio en contumacia.

Supongamos la existencia de dos imputados por el mismo delito A y B, A se somete al proceso, mientras su consorte de causa B se da a la fuga.

¿Quién corre con ventaja? ¿aquél que cumplió con la ley y se sometió al proceso o aquél que se ausentó abstrayéndose del mismo?

A, aquél que decidió respetar la ley, **fue condenado**, y debió purgar una pena de prisión, en alguno de los establecimientos carcelarios previstos al efecto.

El otro **B**, que decidió burlar la ley fue premiado, no sólo no fue condenado sino que su causa fue **sobreseída por prescripción**, es decir por el paso del tiempo.

Qué conducta conviene asumir, como vemos, estamos frente a otro de los tantos ejemplos que nos ilustran sobre las ventajas de estar al margen de la ley.

Esta injusticia estaría resuelta si se aceptase el juicio en rebeldía.

Otra desigualdad que podría presentarse en una hipótesis como la descrita es que con el paso del tiempo cambie la legislación, y una conducta tipificada como delito deje de estarlo, qué pasa en ese caso, A que fue quien se sometió, se encuentra detenido cumpliendo su pena y será liberado por aplicación del principio de la ley más benigna, B, QUE NUNCA ESTUVO PRESO, nunca lo estará, también por aplicación de la ley más benigna.

Nuevamente, qué conducta conviene asumir, sin lugar a dudas, estar al margen de la ley.

Estas son las razones que a mi humilde entender propician la aplicación del juicio en rebeldía de aquél que se encuentra penalmente procesado.

La forma de aplicar este instituto debiera ser evaluada con prudencia, toda vez que pareciera difícil de concebir en una realidad como la que nos acostumbra en donde se están fijando fechas para audiencia de debate para el año 2006.

No obstante ello, considero que se ajusta en mejor modo a derecho, la posibilidad de que un sujeto sea llevado a juicio en rebeldía, y que haya de estar en libertad por dos años, antes que se proscriba el juicio en contumacia que dicho sujeto deba esperar dos años encerrado con prisión preventiva a la espera de un pronunciamiento definitivo que ponga fin a su estado de incertidumbre.

Así, en razón de lo hasta aquí expuesto, y como adelantara, habré de abogar por la instauración legislativa del juicio en contumacia, cuyo provecho entiendo justifica su aplicación en el sistema procesal actual.

BIBLIOGRAFÍA

Arocena, Gustavo A., "Juicio Penal en Contumacia" *Seminario Jurídico, Tomo 80 1999^a* p. 351-355.

Binder, Alberto M. (1993), *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

Burgos Mariños, Víctor, "*El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad*".

Cafferata Nores, José I., (2000), *Cuestiones actuales sobre el derecho penal*, Buenos Aires, p. 65 a 73.

Clariá Olmedo, Jorge A.; "*Derecho Procesal Penal*", II, Lerner, Córdoba, 1984.

Código Procesal Penal de la Nación -Ley 23.984-.

Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires -Ley 11.922 y modificatorias-.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Constitución de la Provincia de Tucumán.

Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal; Tomo 16, Año 9 Ed. Ah-Hoc.

D'Albora, Francisco, "Juicio Penal en Rebeldía", *La Ley 1993-E*, p. 924 a 929.

Joinet, M. (traducción por Equipo Nizkor), "*La Administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los detenidos*" para la ONU -en el marco de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías- (Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997).

Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal -Ley 24.767-.

Maier, Julio B., (2002) *Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos*, Ed. Argentina, Bs.As.

Pacto San José de Costa Rica -Ley 23.054-.

Platón, "*Apología de Sócrates*", Ed. Gredos, Madrid, 1981.

Sentencia del Tribunal Constitucional español Nº 156/2002, del 23 de julio de 2002.

Superti, Héctor C., *Derecho Procesal Penal*, p. 99 a 121.

Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, (2000) *El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos en Brasil, Costa Rica.... y España*, México, Ed. Porrúa.

Zuppi, Alberto Luis, "Los juicios *in absentia* en el procedimiento italiano, Reflexiones sobre jurisprudencia de la Corte Suprema y el caso Suárez Mason", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, nº 16.